DE OBLIGATIONIBUS

PRAELECTIONES AD PANDECTAS

PROFESSORIS

ODOARDI RUGGIERI

ROMAE
EX TYPOGRAPHIA SINIMBERGHI
1872

DE OBLIGATIONIBUS

PRAELECTIONES AD PANDECTAS

PROFESSORIS

ODOARDI RUGGIERI

ROMAE
EX TYPOGRAPHIA SINIMBERGHI
1872

PRAEFATIO

Ut Auditorum meorum desideriis suffragarer, praelectionum, quas in hunc annum habui, typis committendarum consilium coepi. Eumdem, qui dicendo fuit, ordinem, propositas sententias, verba quoque ipsa prolata, uti per memoriam licuit, servare studui; hic substiti; librum confeci non laudem mihi ullam, quod nimis ambitiosum foret, sed aliquam egregiis Adolescentibus paraturus utilitatem. Huic tamen si aliqua ex parte consuluero, magnam mihi rem assequutus esse videbor. Neque enim aliud unquam aut agenti, aut dicenti, aut scribenti fuit propositum, quam ut docere atque erudire possem juventutem; quo munere nullum majus melius-

ve reipublicae afferri posse, auctor fuit Cicero *de divinat. II. 2.* – Sequuti methodum, sive systema, quod recentioribus rerum nostrarum Scriptoribus jure placet meritoque, huic tamen frequentem fragmentorum interpretationem adjungendam ac veluti miscendam esse judicavimus, magnam illam quidem atque diuturnam scholae italicae gloriam. Nihil enim magis consentaneum esse nobis visum est, quam ut Jus romanum declarantes enucleandis ejus fontibus passim daremus operam; ne in illud discriminis adduceremur, ut leges majorum nostrorum reformaremus potius, quam exponeremus. Neque dissimili ratione moti sumus, ut latini latino uteremur idiomate; admodum metuentes, ne sermonis diversitas varias, uti fit, sensim inducens notiones, paullatim nos a romanorum mente deduceret. Quae quidem de nobis, prae mentis nostrae tenuitate, timentes, aliorum, quibus haec metuenda non fuerint, methodos atque sermones non honoramus tantum, verum etiam saepe miramur.

Itaque Vobis, Adolescentes, quorum studia ad mirabiles ac pene divinas romanorum leges fortuna vocavit, librum addicimus; parvum enimvero cha-

ritatis, qua vos usque prosequuti sumus, vehementissimae argumentum. Macte animo; doctrinam, quam saturnia tellus, magna parens frugum, magna virum, progenuit, decus familiare ac domesticum, excolatis.

Romae 1872.

Odoardus Ruggieri.

DE OBLIGATIONIBUS

PRAELECTIONES AD PANDECTAS

CAPUT I.

NOTIONES GENERALES DE OBLIGATIONIBUS

§ 1. *Distinctio jurium obligationis a juribus realibus; tum actionum in personam ab actionibus in rem.*

Quemadmodum homo juris subjectum est, ita res, quatenus ad hominum patrimonia referuntur, objectum juribus solent suppeditare. In hac objectiva consideratione inspectis juribus nomen *patrimonialium* datum est a Scriptoribus. Eaque in *jura realia* et *jura obligationis* dividuntur.

Passim Doctores jura realia indiscriminatim, et *jura in re, jura in rem,* nuncupabant; jura autem obligationis, eadem *personalia* dicebant, *in personam, ad rem.* Numero plures, graves auctoritate sunt nostra aetate Scriptores, qui antiquiores illos de utroque reprehendunt. - Et primo quidem de realibus juribus non omnia *in re* appellari posse defendunt, at ea tantum quae in re aliena fuerint constituta, pignus puta ac servitutem, unde

malunt *jura in re aliena* dicere. Nunquam dominio in fontibus nostris juris in re nomen aptari: jura realia exhibere nomen generis, quo dominium, et jura in re, seu in re aliena, contineantur. - Attamen quae defendendis veteribus allegari possunt, non minimi ponderis esse videntur; ut eamdem juris realis ac juris in rem significationem esse teneamus. Ecquae enim realia sunt jura, undenam accepere nomen suum? Scilicet quoties super re, in re, quae aut plene aut aliquatenus in nostro patrimonio resideat, constitutum jus fuerit adeo, ut directum eam inter ac voluntatem nostram adsit ligamen, jus reale existit, atque inde nomen sumit. Differunt jura obligationis; ea enim non super re, qua nondum auctum est patrimonium nostrum, sunt constituta; at personam percellunt, quae ad aliquid bonis nostris adjiciendum obligatur, quaeque interpositu suo rem a nostra voluntate sejungit. Itaque si ex eo quod in re fixum sit, reale jus dicitur, eccur non, aeque lata significatione, jus in re nuncupemus? - Afferunt fragmenta, quibus dominium a juribus in re separari videtur dictione tali « sive domini sint. « sive aliquid in ea re jus habeant » *l. 30, de noxal. action., l. 19. pr. de da. inf.* - Facile tamen ita possunt intelligi: Sive domini sint, sive aliquod aliud in ea re jus habeant, non nova ne-

que inusitata apud nostros loquendi methodo, uti apud Paulum *l. 31. de a. r. d.* « si venditio, aut « aliqua justa causa praecesserit. » - Aperti vere sunt textus, quibus adstruitur nostra sententia. Est *l. 8. § 1. C. de praescript. XXX. vel XL. ann.*, ubi illi, qui dominium vel jus hypothecae habuerit, opponitur simpliciter qui « nullum jus in eadem « re » habuit, adscripto manifeste juribus in re dominio. Imo nedum dominium nomine juris in re non excludunt, veluti per antonomasiam describunt auctores juris. Ecce Ulp. *l. 8. de aqua et aq. pluv.* dominium *jus in corpore* vocat; quo corporis nomine nullum esse efficacius potest, ut *res* in substantia atque integritate sua demonstretur. Unde qui in corpore erratum fuisse dicimus, plenum de re, ac latissimum errorem exprimimus. Jus in corpore, jus in re tota, merito dicitur ab Ulpiano dominium, utpote quod rem ipsam complectitur integram, qua uti, qua abuti domino licitum est. Aliis autem juribus in re, nempe servitutibus, quae non plenam rei dominationem, at aliquam tantum adhibitionem juridicam continent, jura *in jure loci* appellat Ulpianus. Adeo dominio magis, quam aliis realibus juribus, nomen juris in re convenire videtur (*a*).

(*a*) Eodem spectat quod actio ad defendendum dominium comparata *vindicatio corporum*, confessoria autem *vindicatio juris* dicatur in jure

Iidem sunt, qui severiori calamo notant veteres, jura obligationis, paritate intellectus, *personalia* etiam, *in personam, ad rem*, dicentes. Siquidem nomina haec reprobanda esse ajunt, quoniam non in fontibus reperiuntur. - At adeone lingua hominum effoeta, ut nihil jam, quod romani non dixerint, recte dicere possimus? Non romani *innominatos* contractus, non res *fungibiles*, non haec ipsa, de quibus tractamus, jura *patrimonialia* nuncupavere: dicimus tamen omnes, neque notandi sumus, quoniam verbis, quae rebus suis bene conveniunt, utimur. - Objiciunt majore veritatis specie, *jura personalia* esse ea, quae statum hominis ac juridicam ejus capacitatem respiciunt, tum etiam familiam; male nomen ad patrimonialia quae sunt, perverti. Resp., redundare fontes juris nominibus, quorum, prouti diversis notionibus committantur, diversa significatio est, eadem modo includunt, modo repellunt. Actio *directa*, si *utili* opponatur, dicitur ea, quam negotio alicui proposuit lex, exclusa qualibet alia, quam jurisprudentia interpretando addiderit. *Directam* actionem si opposueris *contrariae*; jam et eas, quas jurisprudentia intulit, modo primitus ex contractu nascantur, ipsum nomen complectitur. Obligationes *civiles*, oppositae *prae-*

nostro. Vide conjuncta nomina in *fragm. vatic.* § 92.: locum, adscripto auctore carentem, Ulpiano Mommsen tribuit, Huschke Venulejo.

toriis, eas, quas Magistratus edicto suo proposuit, amovent; admittunt easdem oppositae *naturalibus*, dummodo actioni generandae sint pares. Denique ipsum hoc juris *personalis* nomen alia in fontibus significatione acceptum invenimus, ut ea jura patrimonialia exprimat, quae adhaerent alicui personae, neque transferri possunt in alias, *l. 25. § 1. de pact.*, *l. 13. sol. matrim.* Igitur declaratione non nova concludamus, tres esse nominis hujus significatus distinctos. Exprimit primo jura ad statum atque familiam pertinentia; atque ita opponitur juribus patrimonialibus. Porro jura obligationum; ac distinguitur a realibus. Denique jura personae omnino cohaerentia; et dividitur a juribus, quae rem et causam spectare dicuntur: illa graphice, quamvis non eleganter, a Bartoli discipulis *personalissima* appellabantur.

Non dissimilis circa actiones, quibus jura diversa defenduntur, disputatio agitatur. Etenim expositae superius distinctioni jurium respondere credebamus, tum *in rem actiones*, quae defenderent jura realia, tum *actiones in personam*, seu *actiones personales*, seu *condictiones*, quae tuerentur jura obligationis (*b*). - Jam relatio ita proposita displi-

(*b*) Omnia haec nomina sunt a textu deprompta. Actiones in rem *reales* quoque dicere solebamus, eo modo quo actiones in personam personales etiam in fontibus nominantur. At id ipsum scrupulo est nonnullis neoteri-

cere coepit nonnullis. Hi personales quidem actiones juribus obligationis respondere fatentur, non item juribus realibus respondere omnino actiones in rem. Notant, *praejudicia* quoque, quibus jura ad propriam libertatem aut jura familiae defendimus, ad actiones in rem esse referenda; proinde non pertinere istas penitus ad realia jura; negativam tantum esse ipsarum notionem, ut definiri debeant, quod sint quae diversum jus a jure obligationis defendunt. - Verum hisce, erudite licet disputentur, non acquiescimus. Nomine actionum in rem non puram putamque negationem, qualem describunt, significari, enuntiatio vel ipsa demonstrat: quae quidem, si negationem expressisset, negativa fuisset: *Actiones quae non sunt in personam;* positive uti est concepta praesefert intellectum positivum. Scilicet uti actio in personam dicitur ea, quae di-

cis rerum nostrarum Scriptoribus. - De *condictionis* nomine longa disputatio est, quae ad tractactionem de judiciis et actionibus spectat. Breviter monoamus, generale videri, quo omnes in personam actiones possent contineri. Auctor est Gajus *comm. IV. 5.* « appellantur... in personam vero « actiones, quibus dari fierive oportere intendimus, condictiones. » Excludit Savigny in doctissima *append. 14. tom. V. system.* actiones ex delicto: at obstat *l. 9. § 1 de R. C.* verb. « et ex lege Aquilia ». - Ex obligationibus ad faciendum condictiones nasci posse, alii inficiantur; obicem eis parant *Gajus loc. cit., § 15. in princ. I. de action., l. 19. § 2. de precario.* Haec ita per transennam in re, quae diffusam omnino expositionem desiderat.

recte personam obligatam persequitur, adeoque defendendis obligationis juribus, in personam adamussim directis, adhibetur; ita in rem actio appellatur alia, qua rem, non personam recta in judicium inducimus, nimirum jura realia, quae ipsa in rem diriguntur, tuemur. - Quoniam nihil tam intelligendis nominibus proficit, quam originum investigatio; videamus ex Gajo quisnam actionum in rem usus antiquus fuerit. Quando per legis actiones litigabatur, in rem actio fuit, quum litigans uterque, litigiosae rei sibi asserto dominio, illam agendi initio vindicabat in jure, videlicet manu adprehendebat, et ita dicebat « hunc ego « hominem (ex. gr.) ex jure quiritium meum esse « ajo secundum suam causam, sicut dixi. Ecce « tibi vindictam imposui » *Gaj. IV. 16.* Ergo patet, in rem actione directe rem, non personam, fuisse deductam, jura realia per eam fuisse defensa. - Formularum aetate sequenti, directa rei in judicium inductio, quae in rem actionibus fieret, optime expressa est. In formula petitoria, quae in rem actio erat, nulla *demostratio* adhibebatur; incipiebat *intentio* illa « Si paret fundum Capenatem P. Servilii esse ex jure quiri-« tium» *Gaj. IV. 41. 92.*, Cicero *in Verr. II. 12.* Res inferebatur recta, reale jus enuntiabatur, non de ulla rei conventi obligatione mentio fiebat. - Si

intra limites intentionis hujusmodi formula petitoria constitisset, simplex a judice *pronunciatio* obtineri potuisset, qua existentia juris apud actorem declararetur; fundum Capenatem P. Servilii esse ex jure quiritium. Sed cum actores non hoc contenti essent, et declaratum jus suum ad effectum vellent judicis auctoritate perduci, subjecta *condemnatio* est « quanti ea res erit, tantam pe-« cuniam judex Numerium Negidium P. Servilio « condemna: si non paret, absolvito » *Gaj. IV. 51.*

Certe petitoria formula, quae etiam *rei vindicatio* dicitur, pro defendendo dominio fuit primitus introducta. At quoniam ipsa ordinis ac perspicuitatis ratio exigebat, ut maximae illi jurium divisioni in realia, atque obligationis, duplex actionum classis, defendendi causa, divisa pararetur; facile factum est, ut invecta semel petitoria formula ad alia, praeter dominium, jura realia tuenda traheretur. Ita defendendis servitutibus confessoria actio inducta est, ita pignoribus serviana: jurium enim talium natura est, ut res directe respici atque in judicium deduci ab actore possit juxta formulam petitoriam. Exclusa sunt a petitoria formula jura obligationis, hisque data in personam actio est: quia, cum nulla in eis actorem inter ac rem immediata relatio existat, at inter actorem et personam rei conventi obligatam; necessario in-

tentio non rem percellere recta, sed personam debuit. « Si paret Num. Negidium Aulo Agerio dare » aut « dare facere oportere. » *Gaj. IV. 41*, *Lex Rubria de Gall. Cisalp. XX.*, etc. In condemnatione autem personae eaedem repetebantur. « Ju- « dex Num. Negidium A. Agerio condemna: si « non paret, absolve » *Gaj. IV. 43.* - His ita dispositis, denique jurisconsulti in duas classes dividere actiones potuerunt; in rem, in personam. *Gaj. IV. 1.*, Ulp. *l. 25. pr. de O. et A.*, Justinian. *§ 1. I. de action.*: ac definiverunt ita. « In per- « sonam actio est, quotiens cum aliquo agimus, « qui nobis vel ex contractu, vel ex delicto ob- « ligatus est, id est cum intendimus, dare, facere, « praestare oportere. » *Gaj. IV. 2,* Ulp., Justinian. *loc. cit.* « In rem actio est, cum aut cor- « poralem rem intendimus nostram esse, aut jus « aliquod nobis competere, velut utendi, aut utendi « fruendi, eundi, agendi, aquamve ducendi, vel « altius tollendi, vel prospiciendi, item actio ex « diverso adversario est negativa. » *Gaj. IV. 3.*, Ulp. *d. l. 25. pr.*, *§ 1. 2. I. de action.* - Allata exempla, data definitio, integra denique expositio, demonstrant, quam vera sit nostra de in rem actionibus positiva definitio. quod scilicet jura realia defendant.

Neque officit quod in rem actionibus *praejudicia* adscribantur. Praejudiciorum vera, quae fuerit indoles, rem a Theophilo in paraphrasi graeca ad Instit. indicatam, exponit nitidius Gaj. *comm. IV. 44.* Ex paucis, quae de actionibus praejudicialibus habet Imperator *§. 13. I. de action.*, scribebant passim Interpretes, eas esse, quibus fieret praejudicium illis, qui non adfuissent judicio; nominis exinde etymologiam ducebant.

Quos enim exhibet Justinianus, casus sunt causarum *status;* ubi reapse, si lis a contradictore legitimo habita fuerit, res judicata civibus omnibus opponitur. At complures alias, etiam ad statum non spectantes, praejudiciales actiones fuisse, docet Gajus, veramque ipsarum ostendit naturam. Scilicet saepe desideramus, ut nostrum jus agnitum modo atque a judice declaratum sit, puta quia futuros timemus eventus quibus memoria juris nostri forte obruatur; quin nobis exercendi in praesentia juris illius, et ad practicos effectus adducendi, animus sit atque voluntas. Tunc praejudicia exercebamus; in quibus idcirco deerat *condemnatio, Gaj. loc. cit.:* quoniam eo eramus contenti, ut de jure nostro pronunciaret judex. Praestationum persecutiones committebamus ad judicium sequens, cui tamen magna disputationis pars jam nunc detraheretur: hinc praejudicia dicta sunt.

Ut de illis tantum praejudiciis loquar, quae ad statum ac jura familiae pertinent, de quibus nimirum nostra disputatio est; ea vere neque ad in rem actiones spectabant, neque ad in personam judicia. Siquidem ab utrisque differebant substantialiter; non solum quia actionibus universis nostra efficaciter jura persequimur, adjecta condemnatione, secus ac in praejudiciis ubi declarationem solam expectamus, verum maxime ex eo, quod praejudiciis talibus non ullum jus patrimoniale, sive reale sive obligationis, inducitur, at jus status jusve familiae.

Hinc distincta ab actionibus praejudicia habemus in *l. 35. § 2, de procuratorib.* « non solum « autem si *actio* postuletur a procuratore, sed et «*praejudicium.*» - Attamen apud prudentes firmum illud praevaluit consilium, judiciorum omnium in duas illas actionum classes redigendorum, in rem, in personam, Gaj. Ulp. Justinian. *loc. cit.* Non ex eo quod aliqua judicia utramque actionum classem fugere viderentur, turbandam esse censuerunt divisionis universitatem; vagantia extra illam judicia noluerunt; accommodavere actionibus, quibus saltim accederent propius. Denique dictum est, *verius videri* duo tantum genera actionum et judiciorum esse, *Gaj. IV. 1.* Jamvero praejudicia talem habent formam quae longius a personalibus

actionibus discedit; quoniam actionibus istis perpetuo, usque ab intentione, personam obligatam in id persequimur ut satisfaciat nobis; nimis diverse a praejudiciis, ubi declarationem simplicem, praestationem autem nullam desideramus. Contra in petitoria formula intentio saltem personam non persequitur, eaque vi sua, uti vidimus, declarationem solam excitat, et pronunciationem de existentia juris; persimilis in hoc praejudiciorum naturae. Praeterea praejudicia, de quibus loquimur, ubi scilicet quaestio status agitatur, e juribus talibus nascuntur, quae sunt realibus juribus valde similia. Nam uti reale jus est de rebus illis, quae non dandae nobis ab alio sunt, sed jam in nostro constitutae; sic jus ad libertatem nostram, jus patriae vel dominicae potestatis, objectum habent in nostro jam positum, non ponendum ab aliis. Hinc qui libertatem suam praejudicio persequitur *vindicare* dicitur libertatem: atque admissa est *vindicatio ex lege quiritium*, qua patresfamilias liberos, qui sunt in potestate, peterent, *l. 1. § 2. de R. V.* - Factum est ita, ut praejudicia in rem actionibus accenserentur *§ 13. I. de action.* « praejudiciales actiones « in rem esse *videntur.* » - Itaque ex eo, quod ad in rem actiones praejudicia relata videamus, nostra earum, ex defensione jurium realium accepta, definitio non turbatur; illud namque similitudinis

tantum causa introductum, ac veluti appendicis ad instar factum est, ut omnia tandem judicia duobus illis generibus comprehendi possent, in rem atque in personam.

Itaque in actione personali intentio obligationem personae exprimit « si paret Num. Negidium « A. Agerio dare oportere » ; in rem actio intentione sua relationem rei petítae cum actore exponit « si paret fundum P. Servilii esse. » Bene figendum est, ordinis tantum ac perspicuitatis ratione, quam exposuimus, fuisse factum, ut actiones personales solis juribus obligationis, realibus vero solae in rem actiones tribuerentur. Etenim quominus reali quoque juri actiones personales aptarentur, nulla logices obstabat consideratio. Non enim ex eo tantum, quod existat jus reale, confestim erumpere ad actiones et judicia possumus, nisi aliquis sit, qui jus illud violet facto suo. Est perturbati juris actio quaeque defensio ; est vis cujusdam civilis figura, qua osorem aliquem compescimus : unde vetustae illae litigandi formae, in quibus per vim festucariam manus conserebantur. Quapropter etiam in exercendis his, quibus nostra realia jura defenduntur, actionibus, alicui objicimur personae, quae violet jura, quaeque ad violationis cessationem erga nos obligetur. Unde illa, quam ex Celso *l. 51. de O. et A.* accepit Justinianus, actionis cujusque de-

finitio « jus persequendi in judicio quod sibi *de-* « *betur* » *pr. I. de action.* (*c*). Actio personalis, cujus intentio est *dare*, aut *dare facere oportere*, concipi etiam apud eum potest, qui reale jus defendit, intuitu passae violationis, atque obligati ad restituendum violatoris. Quin obstet absurde videri voce illa *dare*, quae dominii translationem proprie significat, usurum dominum: tum quia perpetua non est vocis illius propria significatio, et saepe exprimendae simplici restitutioni adhibetur (*d*), tum maxime quia in praesto alia, quae exprimi potuisset, vox erat *facere*, jamvero « faciendi verbo, « reddendi etiam causa continetur » *l. 175. de V. S.* (§ 23).

Fuit, repetam, ordinis ratio, cujus religiosi romani fuerunt, cur distinctas jurium classes firmiter separare voluerint, ubi in judiciale exercitium ea essent deducenda. Petitoriae formulae plenam evolutionem assequuti, in actionibus ad realium jurium defen-

(*c*) Sunt qui putant, Celsum *l. 51. de O. et A.* solas personales actiones definivisse, quae revera aliquandó in jure *actiones* simpliciter dicuntur, dum reales interdum *petitiones*, *vindicationes* nuncupantur. Attamen Justinianum *pr. I. de action.* ad omnes actiones retulisse definitionem, constat apud omnes.

(*d*) Videbimus in § 23., vocem *dare* fuisse revera in formulis adhibitam propria strictaque significatione, secus ac in contractibus, ubi remissius et plenius usurpatur. At pro jure constituendo, de quo disceptamus, latior acceptio absurda non fuisset etiam in formulis. Adde not. seq.

sionem definiendis considerare miserunt (quod sine ullo incommodo fieri poterat) obligationem eam, quae ex violationis facto nata, immediatam agendo occasionem praestabat. Hanc enim si inspexissent, identitate contemplationum actiones illae commixtae fuissent aliis, quae ex obligationibus et contractibus resultabant. Jura tantum primigenia respexere; reali juri in rem actionem dedere, cujus in intentione, nulla obligatae personae mentione inducta, simplex ejus juris agnitio facienda continetur; juri obligationis actionem personalem, de obligatione undique conceptam, reservavere. Idque eo facilius praestitum est, quod in juribus quidem obligationis substantialiter in certa ac determinata persona residet obligatio adeo, ut nonnisi ab ipsa violatio proficisci possit. At quoad jura realia obligatio, quae ex violatione nascitur, vaga est ac mere accidentalis, quippe quae potest ex persona qualibet contingere; unde in actione delineanda facile hujus consideratio potuit praeteriri.

Haec ita ad generalem rationem exposita habent in jure constituto firmamentum. Etenim verbum illud *dare*, quod est in formula personalium actionum, non obstare quominus formula haec dominis aptari possit, evincunt actiones commodati, depositi, pigneratitia, personales quidem certe, at dominis competentes identidem. Fateor, in casibus,

quibus actiones hujusmodi usuveniunt, intercedere contractum cui defendendo actiones ipsae sunt comparatae. Manet tamen usque probatum, absurdum non esse, eumdem rei dominio potiri, eumdem uti actione personali. - Quid quod in personam actionem, nullo intercedente negotio, defendendoque ipsi dominio, datam domino aliquando videmus? Est *condictio ex causa furtiva*, seu *condictio furtiva*. Domino ea competit adversus furem, personalis actio; quamvis nulla alia personae obligatio in medio sit, quam accidentalis illa de restituendo resultans ex violato per injustam detentionem dominio, generaliter in definiendis actionibus haud considerata. Scilicet ratio fuerat, quam exposuimus, ordinis, atque, ut ita dicam, elegantiae juris civilis, ne obligationes hujusmodi de restituendo, ex violato dominio vage atque accidentaliter nascentes, considerarentur; neve personales actiones juribus realibus aptarentur. « Odio furum, quo magis pluribus actionibus teneantur, » ordinis ratio paulisper turbata, atque inelegantia tolerata fuit, ut in actionibus adversus fures tribuendis etiam obligatio de restituendo respiceretur, ac, praeter solitam vindicationem, condictio praeberetur, *Gaj. IV. 4, § 14. I. de action.* (*e*)

(*e*) Cum fur perpetuam moram faciat; tum, etsi possidere sine dolo desierit, condictione pergit teneri, in quo adjectae condictionis ipsius utilitas apparet, *l. 16. de cond. furt.*, § *ult. I. de oblig. quae ex del.* - Et

§ 2. *Obligatio: nexus, seu nexum.*

Incremento, quod humanae naturae convenit, atque adauctis necessitatibus, factum est, ut rebus, quas in suo quisque patrimonio haberet, juribusque realibus, homines contenti esse non possent; adijcienda jura fuerint, quorum in objecto esset per-

formulae quidem intentio erat « dare oportere, » non « dare facere. » Patet locus Gaji *comm. IV. 4.*, majori, quam quae aboletarum jamdiu formularum aetati conveniret, accuratione relatus a Justiniano in *§ 14. I. de actionib.* Quamvis enim in formulis vox illa « dare » strictius pro dominii translatione accipi soleret (not. d.); tamen in formula condictionis furtivae remissiorem significationem habuit, ut, quod in contractibus ordinarium est (dict. not. d.), restitutionem exprimeret. Firmatum fuerat, intentionem illam « dare facere » ad solas condictiones incerti pertinere debere, *Gaj. II. 204.*, *IV. 33. 41. 86. 136.* Placuit ampliari potius ordinarium, quem vox illa « dare » recipiebat in formulis, intellectum; quam ut nova intentio aptaretur condictioni, certam rem, vel pecuniam, subreptam persequenti. — Obicem facere videtur *l. 29. § 1. de V. O.* ubi proponitur stipulatio, quam cum fure dominus habuerat ita: « Quod « ex causa condictionis *dare facere* oportet. » Verum non talia in stipulatione verba fuerant adhibita ad hoc, ut formula condictionis furtivae ad verbum referretur; sed potius ut significaretur, excludi stipulatione objectum actionis furti, quae non « dare » non « facere » habebat in intentione, sed « pro fure damnum decidere oportere » *Gaj. IV. 37.* Revera aliquando in stipulationibus hujusmodi subtractum notamus illud « ex causa « condictionis », et simpliciter dictum « quidquid furem dare facere oportet »; quo condictionis furtivae objectum non per formulae directam relationem, sed per exclusionem actionis furti demonstrabatur, *l. 72, § 3. de solution.* - De natura condictionis furtivae consul. § 21.

sonae actus, quo patrimonium alterius personae augendum foret. Jura haec obligationum esse vidimus, quibus ipsis nomina personalium, in personam, ad rem, concessimus. Duplicem igitur horum jurium notio personam comprehendit; tum ejus, cui competunt, cujusque augetur libertas *(reus credendi, creditor)*, tum ejus cujus actus in objecto est, cujus nimirum libertas minuitur *(reus debendi, debitor)*. Vinculum autem juridicum, quo istius cohibetur libertas adeo, ut ad actum illum efficiendum teneatur, *obligatio* nominatur. Definit hanc Imperator *pr. I. de obligationib.* « juris vinculum quo necessitate adstringi« mur alicujus rei solvendae ». Addit « secundum « nostrae civitatis jura » quia propositum ei erat civiles definire obligationes. Qui malit latiori significatu naturales etiam complecti, abstineat postremis his vocibus.

Non hac una obligationis nomen significatione usurpatur. Modo etiam contractum exprimit, nempe factum unde jus et obligatio generatur; modo documentum debiti probativum *(obligationem condidicere, repetere)*. Modo ad res illas trahitur, quae in securitatem crediti devincantur, ac pignus dicitur obligatio rei; imo alicubi pignoris documentum nomen ipsum obligationis capit. Perquam similis est usus vocis illius *nexus*, *nexum* (*a*); nam et

(*a*) Festus *v. nectere* « nectere *ligare* significat. »

ea vinculum personae legitimum, et negotium, et pignus itidem significat, *l. 1. de acceptil., l. 5. C. de O. et A., l. 3. C. de pign. act., l. 2. C. de curat. fur., l. 14. C. de fidejuss.* etc.

Fuit tamen hujus vocabuli *nexus*, seu *nexum*, propria quaedam significatio, de qua apud eruditos gravissime disputatur. An et quatenus nexus, seu nexum, proprie dictum, a mancipatione differret; an negotium esset quo dominium, an jus pignoris, an medium quid transferretur; qualenam objectum ejus esset, res, hominesne, an operae hominum. Quaestionem hanc, quae ad romani juris characterem, ac veluti notam in nostra de obligationibus tractatione delineandam, non parum conferre potest, suscipientes, exponemus primo loco celebriores, quas noverimus, Scriptorum opiniones, subjiciemus id, quod in nostra, si aliquo in numero esse poterit, sententia versatur.

Opinio, quam Gronovius atque Salmasius, primi designaverunt, Niebuhr explevit, expoliendam suscepit Zimmern, graves alii plus minus sequuntur, redigi istuc potest: Nexus erat, quando antiquitus debitori creditor pecuniam dabat per aes et libram coram quinque testibus civibus romanis ac libripende, appenso nimirum eo, quo tunc utebantur, aere gravi; vicissim autem debitor personam suam mancipabat, obligabat creditori. Quando ex-

cusis nummis uti coeperunt romani, nexus non cessavit: creditor, numerata prius pecunia, dabat in actu solemni nummum unum dicis causa, contra debitor obligabat personam suam.

Haec prima in re disceptatissima, paucis collecta opinio est. Succedit altera, quae habet auctorem Savigny: Nulla in nexu mancipatio, nulla obligatio personae debitoris. Praemittendum, quod in personam debitorum, qui sententia damnati intra XXX dies non solvissent, habebant creditores manus injectionem. Nimirum addicebantur debitores hi, adiudicabantur creditoribus suis, qui domum suam trahere, vincire eos, et post aliorum LX dierum moram quasi servos distrahere poterant. Haec tamen non omnis obligationis occasione obtinuisse, Savigny defendit, at ex credita tantum pecunia, scilicet ex mutuo. Curasse rigidos creditores, ut eadem sibi etiam quando diversus a mutuo titulus crediti esset, pararent. Tum per fictionem et symbolum mutui, unum nummum per aes et libram dedisse. Id denique nexum esse; nempe symbolum mutui ad id adhibitum, ut si quando adversus debitorem, alio revera titulo constitutum, lata sententia fuerit, addicere eum sibi creditor legitime posset.

At opinionem Savigny ipsa fundamenti inconstantia laborare, Walter ostendit; quoniam addictio

debitorum, sententia ex quoquo debito pronunciata, locum habere poterat (*b*). Tum tertiam proponit sententiam, quae neque secundae convenit, neque priori: Nexum esse tum quando pecunia mutua olim adpendebatur, romanis aere gravi utentibus, nempe per aes et libram coram quinque testibus ac libripende; tum quando unus nummus dicis causa per aes et libram item dabatur, post introductum usum nummorum cusorum. Hic constitisse nexum, nullam fuisse factam personae propriae a debitore mancipationem. Quid vero solemnitas haec per aes et libram, ac descriptus ita nexus proficeret, explicat Walter. Nempe addictio damnatorum, quamvis ex omni de quoquo credito sententia, tamen nonnisi expectata ad amussim sententia, perpensa prius atque agnita a judice crediti veritate, competebat. At si nexus, uti descriptus est, factus fuisset; tunc vix ac dies venisset, neque solutum a debitore fuisset, adito magistratu, accepto judice, nexus existentiam probabat actor, et, priusquam de crediti veritate quaestio agitaretur *(prima di entrare nel merito della questione)*, addici debitorem sibi obtinebat. Denique per nexum disponebatur parata quaedam executio *(esecuzion provvisoria)*. – Quamobrem, pro sententia Walter, non addictio qui-

(*b*) Manifestus prae caeteris locus Gellii XX. 1. « rebusque jure judicatis. »

dem debitorum propria erat mutui; sed propria mutui, si per aes et libram, et nexum fieret, parata executio addictionis. Haec ita primitus in mutuo adhibita, inde ob magnam utilitatem ad alia negotia fuisse protracta; nummo uno, quasi mutuum repraesentaret, per aes et libram dato, eosdem effectus obtentos in creditis aliis fuisse. Haec sententia, dum in describendo nexu convenit secundae, quatenus non mancipatam atque obligatam esse debitoris personam in ipso nexus actu tuetur, differt ab ipsa, quod nexum et quando mutuum per aes et libram fieret, et quando ad alia negotia symbolum mutui adhiberetur, agnoscit; non ibi tantum, ubi hoc mutui symbolum inciperet.

Sententia prima in sua veluti base recepta, explanari ita quaestionem posse judicarem. - Scriptum de nexu in legibus decemviralibus fuisse, narravit Cicero *de Orat. lib. 1.* Locos e duodecim tabulis duos, qui de nexu sunt, transmisit antiquitas, integrum quidem unum, alium vero aetate corruptum. Exhibet Festus priorem *v. nuncupata* « Cum nexum faciet, mancipiumque, uti « lingua nuncupassit, ita jus esto ». Apud Festum ipsum *v. sanates* extat fragmentum aliud, tale « Nex ... forti sanati ... » - Quoniam ex hujusmodi locis, quid nexus fuerit intelligi nequit, praestat, explicationis exordium a *mancipa-*

tione capere. Eam pervetusto tempore comparandis rebus adhibitam fuisse, nemo est qui ignoret; ut qui rem daret, acciperet vicissim pecuniam, quae, utpote nondum signata, adpendebatur. Negotia haec *per aes et libram* dicta, adhibitis quinque testibus civibus romanis, ac libripende, solemniter habita fuisse. Neque minus innotescit, eam in usibus permansisse postquam feriri coeperint nummi, veluti fictionem symbolumque venditionis; optimam scilicet transferendae proprietatis causam, proprium trasmittendi dominii ex jure quiritium modum in optimis illis rebus, quae mancipi dicebantur. Quomodo nummus unus daretur pretii loco, libra, aliaque solemnia adhiberentur, res acquirenda teneretur manu, verbaque legitima proferrentur, describunt veteres, Gajus in primis *comm. I. § 119.*

Attamen aliquando mancipatio dominium ita transferebat, ut postea illud certis in eventibus danti restituendum foret. Et primo quidem ita se habebat, quando fiebat *fiducia.* Mitto fiduciae usum in emancipationibus describere, in feminarum coemtionibus, in depositis, qui non facit ad controversiam nostram. Ex Isidoro Episcopo Hispalensi *Origin. v. fiducia*, ex Paulo *sent. II. 13.*, et Gajo *comm. II. 60.* novimus, fiduciam fuisse etiam pignoris ineundi antiquam methodum per rei pigno-

randae mancipationem. Scilicet, solitis adhibitis formis, dabat per aes et libram debitor rem suam creditori, unum vicissim nummum danti, ac dominium ex jure quiritium transferebat; creditor autem fidem praestabat suam (unde dicta fiducia est), fore ut res debitori remanciparetur, si solvisset debitum (*c*). Hujusmodi contractus habuit suum fiduciae nomen, suas actiones; *directam fiduciae*, quae debitori, si solvisset, ad rem repetendam competeret, *contraria*, quae creditori daretur, si in rem, donec eam tenuerat, impendisset, *dd. loc.*, praesertim *sent.* Pauli, Modestin. apud *Collatorem Mosaicar. et Romanar. leg. tit. 10. c. 2. § 2.*, *tab. Heraclens. lin. 108 - 112* (*d*).

In veteri illa rigiditate debitor quandoque non res, sed se ipsum propriamque personam creditori mancipabat. Certe in hoc mancipatae personae casu dabat creditor fidem suam de remancipando si debitum solveretur. At non exinde contractum fiduciae factum fuisse arbitror: cum enim ipsa per–

(*c*) Debito non soluto, res non amplius restitui debebat, haud retinenda tamen a creditore, sed vendenda, ut de suo credito sibi per pretium satisfaceret, superfluum redditurus debitori, *Paul. sent. II. 13.*

(*d*) Isidorus *v. fiducia* ait, etiam per *in jure cessionem* contrahi fiduciam potuisse. Neminem latet, in jure cessionem esse modum acquirendi dominii ex jure quiritium, diverse tamen a mancipatione compositum, quique etiam in rebus nec mancipi adhiberetur: erat solemnis quaedam rei vindicatio apud praetorem, *Ulp. fragm. XIX. 9. seqq.*, *Gaj. II. 24.* etc.

sona in servilem causam deduceretur, neque patrimonium servari apud eam posset; non erat debitor actionis fiduciae acquirendae capax, maxime cum haec de sui natura adversus creditorem, ad quem ipsum persona et patrimonium ejus pertinebat, fuisset exercenda. Hoc uno dempto, effectus iidem mancipatae personae erant ac datae per fiduciam rei, quoad transferendum ex jure quiritium dominium, vendendi potestatem in casu quo solutione cessatum esset, ac remancipationem in casu soluti debiti peragendam (*e*).

(*e*) At si nulius contractus fiduciae gestus fuerat, si nulla proderat actio fiduciae, ecquo modo remancipationem suam obtinere debitor e creditore, cui solutum fuisset, poterat? - Responsionem suppeditat Papinianus *Collat. mos. et rom. leg. tit. 2. c. 3.* Scilicet in commentariis Gaji pluribi dictum est, patrem ex delictis damnisque a filiofamilias illatis noxali fuisse actione obligatum, ut sarciret damnum aut dederet filium: quale jus aetate Justiniani nonnisi de servis ac bestiis valebat. Pater si dedere maluisset, mancipabat actori filium; erat casus *mancipii*, de quo inferius loquemur, *Gaj. I. 141. fi.*; acquirebat jam mancipatus domino suo, ad hunc ejus operae pertinebant. Ait Papin. *loc. cit.* « Per hominem liberum noxae « deditum si tantum acquisitum sit, quantum damni dedit, manumittere « cogendus est a Praetore, qui noxae deditum accepit: sed fiduciae judicio « non tenetur. » Negat actionem fiduciae Papinianus; quia non contractus fiduciae tempore deditionis gestus fuerat, neque judicium concipiebatur inter dominum atque mancipium. Ait, per Praetorem cogendum esse eum, qui noxae deditum acceperat, scilicet extraordinaria persecutione. Eadem tuto de debitore dicas, qui, mancipatus creditori suo, liberationem, postquam solutum debitum fuisset, non actione quidem fiduciae aut ullo ordinario judicio, sed, adito Praetore, extraordinem assequebatur. Neque desunt

Haec omnia quae in mancipatione rei aut personae debitoris, pro crediti securitate, gerebantur, atque conveniebantur, firmabat lex illa XII. tab. « Cum *nexum* faciet, mancipiumque, uti lingua « nuncupassit, ita jus esto. » – Illam enim rerum fiduciam, aut debitoris mancipationem, pignoris causa factam, arbitror nomine *nexus* vel *nexi* venire, cujus idcirco hanc definitionem praeberem: Mancipatio, vel in jure cessio (not. d) rei cum fiducia, aut mancipatio personae debitoris, a debitore ipso, in securitatem crediti, facta creditori suo. Ipsa quoque res *nexa*; *nexus, obligatus, obaeratus* homo dicebatur.

Utar in primis ad probandum loco M. Varronis *de l. l. lib. 6. 5. edit. Gothofr.* – Rectae intelligentiae causa pauca prius memoranda ducimus de illis, qui *in mancipio esse* dicebantur, seu *mancipia*, seu *mancipati*. Mancipii nomen etiam pro ipsa, quam descripsi, mancipatione aliquando accipiebatur, item pro objecto quod esset dominii ex jure quiritium, tum etiam pro dominio eodem. Exprimebatur praeterea (quod ad rem nostram facit) tali nomine persona, patriae potestati vel manui pridem subjecta, cujus proprietatem jure

similia in aliis juris fontibus exempla. Vid. *l. 54. de hered. inst.*, *l. 4. de manumissionem.*, *Gaj. I. 137a.*; ac notanda praecipue *§ 3. I. de noxal. action.*

quiritium aliquis per mancipationem atque aes et libram adipisceretur ex patre aut ex coemptionatore, *Gaj. I. 116. seqq.* Hi servorum loco habebantur, in servilem conditionem deducebantur, erant tamquam servi, *Gaj. I. 123. 138., II. 160., III. 114.* ita ut acquirerent ei, cujus in mancipio erant, *Ulp. fragm. XIX. 18., Gaj. II. 86. 90.* At non pauca e jure liberorum hominum servabant; ex. gr. si filii ex eis, dum in mancipio erant, concepti fuissent, nullum jus illi, qui in mancipio habebat, erat in filios tales, *Gaj. I. 135.*; neque is contumeliose quidquam adversus eos, quos in mancipio habebat, facere poterat, alioquin injuriarum actione tenebatur, *Gaj. I. 141.* - Notanda similitudo cum debitoribus, quos nexos vocavimus. Liberi et hi homines, qui sub aliorum dominium ex jure quiritium pervenerant; et ipsi acquirebant creditori cui erant subjecti. - Differebant tantum origine, quod mancipia quidem essent filii vel feminae, qui quaeve a patre aut a coemptionatore extra pignoris causam mancipabantur; nexi autem patresfamilias fuerant, qui ex causa pignoris mancipaverant semetipsos.

Jam ad Varronem. Incipit narrare Varro, disputatum fuisse a veteribus de hujus vocis nexus significatione. Mamilium (alii Manilium legunt) scripsisse nexum dici « omne quod per libram et

« aes geritur, in quo sint mancipia. » Scilicet Mamilius non mancipationem illam solam, qua res vel persona debitoris creditori daretur in securitatem crediti, nexum esse arbitrabatur, at mancipationes universas, omne quod per aes et libram geritur, hoc nomine venire; in quo idcirco essent etiam mancipia, nempe mancipationes, quibus pater aut coemptionator filium aut feminam in mancipio constituisset. Neque unius Mamilii, quem Varro memorat, hujusmodi fuit sententia. Festus *v. nexum* narrat etiam de Gallo Aelio « nexum est, ut ait « Gallus Aelius, quodcumque per aes et libram geritur, id quod necti dicitur: quo genere sunt « haec: testamenti factio, nexi datio, nexi libera- « tio. » Imo et Cicero *topic. 5.* nexum omnem mancipationem dicit, et *de orat. 3.* quod per aes et libram agitur; licet in *epistolis ad famil.* non hanc, sed aliam potius sententiam sequi videatur. Siquidem, ut ad Varronem redeam, contra Mamilium Mucius (nempe Scaevola) sensit, qui nexi nomine ea tantum teneri scripsit, « quae per aes et li- « bram fiant, ut *obligentur* » - Haec quidem definitio sententiae nostrae ad unguem congruere videtur. - Subdit apud Varronem Mucius « praeter « quae mancipio dentur, » scilicet exclusis etiam his qui dantur mancipio. Uti fit, accuratos rei cujusque expositores illis, quae proximitate sua confu-

sionem ingerere possent, rem definiendam expresse purgare; separat sedulo Mucius a nexis mancipia prae multa quam exposuimus, similitudine. - Expositis aliorum sententiis, Varro assentitur Mucio, capto ex ipsa nexi voce argumento, quae non plenam atque liberam translationem, sed vinculum, obligationem, pignus denique exprimit: « nam idem « quod obligatur per libram neque suum fit (plene « scilicet, sine restituendi onere), inde nexum di- « ctum. » Denique ad exemplum ait, liberum hominem « qui suas operas in servitutem pro pecu- « nia quam debebat, dat, dum solveret, nexus vo- « catur, ut ab aere obaeratus. »

Duo concluduntur. Primo non bene videri secundae ac tertiae sententiae fautores, Savigny ac Walter, denegare, ullam in nexu securitatis gratia factam creditori fuisse mancipationem. - Deinde simile omnino vero esse, quod ad notionem nexus non persona tantum mancipata debitoris, sed res etiam per fiduciam creditori datae pertineant. Re enim vera si res excluderentur nexu, quam Mamilii, quam Galli Aelii, atque ipsius M. Tullii, gravis error crassusque fuisset, ad nexum mancipationes universas, quae de rebus fieri solent, referentium! Adde varroniani loci verba in neutrum, uti ajunt, genus collata « *quae* per aes et libram « fiant ut obligentur... *idem quod* obligatur per li-

« bram, neque suum fit »; adde tractationem de libero homine nexo, quasi exempli causa, subjectam (*f*).

Sententiae nostrae firmandae confert etiam Dionysius Halicarn. *ant. rom. VI. 83.* Tria debitorum genera distinguit graecus romanarum rerum scriptor. Eorum, quibus solvendi dies non venit: eorum, quibus solvendi dies venerat, quique ad creditores pertinebant: denique illorum, qui damnati etiam in litibus ad rem privatam spectantibus (ἰδίαις), atque ideo creditoribus addicti fuerant. Medii illi, certe sunt qui nexi. Hi enim ante venientem diem jure quiritium ad creditores pertinebant, at sub remancipandi onere si die veniente solutum foret:

(*f*) Id etiam evincit *Gai. II. 27.* In loco undique lacunoso legitur aperte, nexum provincialis soli non esse. Disseruerat Gajus de divisione rerum in mancipi et nec mancipi, provincialia praedia nec mancipi esse dixerat, mancipationem ad solas res mancipi spectare observaverat. Subjicit, nexum non esse soli provincialis: egregie, quia nexus plerumque per mancipationem expediebatur. Probatur, nexum de solo, de rebus fuisse; nempe facta fiducia in securitatem crediti. - Concordat Frontinus lib. II. « et stipendiarios.... qui nexum non habent. »

Ex verbis illis Varronis « liber, qui suas operas in servitutem pro pecunia quam debebat dat dum solveret, nexus vocatur » aliqui, non ad personas, sed ad operas tantum personarum pertinuisse nexum concludunt. Opinio parum firma, plurimis textibus male concordans, vel ex eo refutatur quod operae, nec mancipi, mancipari nequibant. Varro de operis loquitur in servitutem datis, quatenus is, qui sese creditori nexerat, huic, ceu vidimus, acquireret, operas quoque suas deberet eidem.

veniente die, solutione infecta, omnino ad creditores spectabant ita, ut ab ipsis, quasi servi, vendi possent. - Quo rursus Savigny conjectura convellitur, nexum id efficaciae habuisse, ut addictionem ibi generare posset, ubi sine nexu locum non habuisset. Nam Dionysius a nexis separat addictos, e quibus tertium genus omnino separatum constituit.

Denique sententiae nostrae argumentum praestat lex illa Poetelia, qua constat multum e veteri jure nexi fuisse mutatum. - Debitores, nonnisi ad extremam inopiam redactos, suam nexu dedisse personam, ratio declarat, atque historia manifestat. Narrat Valerius Max. T. Veturium, propter domesticam ruinam et grave aes alienum, C. Plotio nexum sese dare coactum. Celebris apud Livium quiritatio militis, se bello sabino militantem aes alienum fecisse, se paterno, se avito agro exutum esse, postremo tabem provenisse ad corpus. Attamen miseram conditionem urgebant creditores, tum securitatis cupidi, tum operarum, sibi a debitoribus nexis praestandarum. Occurrit aerumnis lex Poetelia, de qua, praeter Varronem *loc. supracit. in fi.*, facit mentionem Cicero, necnon Dionysius, ac T. Livius, qui per legem illam initium novae libertatis plebi factum fuisse ait. Lata est medietate prima labente saeculi V., anno sive 429. sive 440. ab U. C. Dedit singularis casus occasionem legi

Poeteliae, uti etiam S. Cti Macedoniani factum speciale Macedonis causam fuisse compertum est. Narrat Livius, juvenem quemdam C. Publilium (Popilium Varro nominat) ob aes alienum avido creditori nexum se dedisse; quod miserabile fuit lateque deploratum in civitate. Tum Poetelius Visolus (male Sillus apud Varronem), Consul qui fuit anno 429., Dictator autem a. 440. aut 441., legem, auctoris nomine dictam, tulit, qua debitorum nexum « sublatum est, ne fieret, et omnis, qui bo« nam copiam jurarunt, ne essent nexi, dissoluti » *Varr. loc. cit.* Prohibiti scil. ne posthac fierent nexus debitorum; liberati hi qui tunc temporis obaerati essent, modo jurassent, bona sua, recte aestimata, solvendo esse idonea.

Resultat primo loco, non bene Savigny ac Walter nexum in eo tantum consistens agnoscere, ut debitoris, qui die veniente non solveret, addictio, aut ad credita alia praeter mutuum produceretur, aut paratam haberet executionem. Etenim constat, l. Poeteliam non sustulisse addictiones debitorum, quae diu mansere etiam in legislatione justinianea, licet humanioribus regulis dispositae, *l. 1., l. 8. C. qui bon. ced. poss.*, etc.; solum denique debitorum nexum prohibuisse. Parvam igitur rem praestitisset si, nexo sublato, nil aliud quam addictionis extensiones ad quaedam, eaque minus consideranda, credita ve-

tuisset, aut executiones ejus paratas. Non digna fuisset, de qua tot tantaque Livius, quasi de novae libertatis auctrice, praedicaret. Aliquid certe gravius intulit lex Poetelia, quando nexum debitorum sustulit; nimirum obligationes personarum expunxit ex universo, ne loco pignoris jam personae tenerentur. – Iterum ad res etiam, neque ad personas solas, spectavisse nexum, Poeteliae legis consideratio suadet. Quod qui neget, nullum jam post legem nexo superfuisse locum, affirmet necesse est, non in rebus non in personis. Reque vera nexum per legem Poeteliam sublatum prorsus fuisse, scribit Savigny. Attamen Varro, Cicero, aliique de nexu ita, ac de re praesentis usus, loquuntur « *agitur*, « *est, fiunt, obligatur.* » Nempe sublatis e nexo personis, res in eo permanserunt datae per fiduciam. Quid quod rerum nexum expresse a Poetelia lege servatum fuisse videtur? Ait enim T. Livius *hist. rom. 8.*, lege Poetelia factum fuisse, ut « pecuniae « creditae bona debitoris, non corpus obnoxium « esset ».

Habita huc usque disputatio evincit, nihil mutuum inter ac nexum necessariae relationis esse, creditorem quemlibet ex quacumque causa nexum facere cum debitore posse. Non tamen dissimulo, quod si nexus in credita pecunia adhiberetur, singularem figuram acciperet, nempe cum ipso mutui

contractu, quadam rei gerendae unitate, misceretur. Id ex Gajo colligitur *comm. III.* § *173. 174.* Quaerit Gajus, quomodonam e debito pecuniae certae, quod ex negotio per aes et libram natum esset, possit contingere liberatio. Atque, uti fit, unumquodque eo genere dissolvi quo ligatum est, adhibendam esse ait imaginariam solutionem per aes et libram; hanc describit, ac solemnia verba refert, quae tamen nobis non bene aetas conservavit. - Quodnam negotium illud per aes et libram fuerit, quo quis de certa pecunia obligaretur, investigantes, ad nexum referre solent eruditi. Assentiendum est, neque enim aliud apparet, ad quod referri queat; maxime vero quia Festus *v. nexum* de nexi liberatione mentionem facit, eadem certe ipsa, quam describit Gajus. At si nexus, definientibus nobis, est rei aut personae, vice pignoris, mancipatio, ecquis locus in eo est debitis certae pecuniae? - Resp., potuisse in nexu, juxta nos intellecto, intervenire negotium, quo certae etiam pecuniae debitum constitueretur; nempe quando nexus fieret ex causa mutui. Quando aere rudi utebantur cives, si quis mutuam pecuniam daturus vicissim nexum sibi fieri securitatis causa volebat, necessario negotia miscebantur; appendebat is pecuniam per aes et libram, ac in eodem actu debitor rem personamve suam mancipabat. Perquam credibile est,

quod qua aetate signata pecunia adhiberi, atque unus nummus usurpari coepit ita, ut omnia ea, quae vetustum aes efficiebat, repraesentaret; adhuc creditores mutuae pecuniae, necti sibi rem aut personam desiderantes, unum dederint nummum, symbolum mutuae pecuniae, scil. quasi mutua ita pecunia daretur, et contra acceperint nexam sive rem sive personam. Ita nexui, nempe mancipationi rei vel personae, commiscebatur negotium mutui, creditum pecuniae certae, quod inde nonnisi per similem solemnitatem, Gajo Festoque auctoribus, poterat extingui. - Hanc, si occasione mutui componeretur, agebat figuram specialem nexus, cujus tamen generali usu nihil exinde detrahitur. Falsum remanet, nexum in solo mutuo locum habuisse; falsum, in mutuo adhibitum primitus eum, atque inde per symbolum mutui productum ad caetera negotia fuisse; aut in symbolica hac productione unice constitisse. Neque rationes, neque auctorum loci hisce congruere videntur. Quod omnium creditorum aeque interesset, credita sua per mancipationes rei aut personae debitorum confirmari; nexus omnibus aeque debuit patere.

Appendicis loco restitutionem proponam legis illius decemviralis ex fragmento Festi *v. sanates* « *Nex... forti sanati...* » Posterior lacuna ex fragmento ipso non difficulter potest impleri. Pro-

lixo satis, at pluribi corrupto loco quaerit grammaticus eruditissimus de verborum illorum significatione, *Fortes*, *Sanates*. Ait, Sanates dictos esse populos, qui, cum defecissent a romanis, brevi post redierant in amicitiam, quasi sanata mente. Quales hi populi fuerint, quamque Italiae partem coluerint, varias auctorum conjecturas refert. Eos a Fortibus differre, quales erant qui a populo romano numquam defecerant. Addit, cautum in XII. tabulis fuisse, ut idem juris esset Sanatibus quod Fortibus; nimirum id properatae illorum poenitentiae datum fuisse, ut ne brevis error fraudi esset. Tum scribit verba legis, quae nobis aetas male servavit « nex... « forti sanati... » Itaque dubitandum non est, quin ita posterior implenda sit vacuitas « ... forti sanati « *idem jus esto* » - Majoris negotii est complementum, quod nostra de nexu tractatio desiderat, lacunae prioris. Certe prima vox abrupta, « nex...» nexos expressit. At quid ad rem faceret mentio nexorum non apparet, qui nihil cum Sanatibus commune habebant, nihil cum Fortibus; privati ipsi, non populi, creditoribus subditi, non liberi. - Propositum fuisse videtur decemviris, ut varios homines declararent, qui in diversis at similibus conditionibus constituti, eodem denique jure uterentur. Fortes Sanatibus commisere. Nexos ecquibus? Notandum est in loco longo satis, at semper hiante

lacunis, Festum, varias, uti innui, de Fortibus atque Sanatibus sententias scriptorum referentem, legis illius decemviralis dispositionem identidem repetere. Scilicet postquam verba legis ea, de quibus quaerimus, proposuisset, Valerii (Messallae) afferens opinionem iterat mentionem eorumdem « ut id jus *man...* » Quid non vocem interruptam interpretamur de *mancipio?* Etenim similis, etiamsi non aequalis origine, nexorum et mancipiorum conditio erat, ceu superius demonstravimus quando Varronis locum explanandum suscepimus. Prior igitur lacuna, quae tantula est, ut breviore adjectione impleatur, debemus replere literula « o » ac praeterea verbo « mancipio », legem ita restitutam habituri « Nexo *mancipio,* forti sanati *idem* « *jus esto* ». Uti nexo erga mancipium, ita Forti erga Sanatem juris aequalitas pronuntiatur.

CAPUT II.

DE FONTIBUS OBLIGATIONUM.

Quoniam praestantiam illam, quae in jure obligationis est, nequit marte proprio sibi civis in civem assumere; nemo sine facto suo solet obligari sive licito sive illicito. Licitum quidem factum in declaratione voluntatis consistit, cui voluntas concordet ejus, erga quem obligatio suscipitur; obligatio autem *ex contractu* nasci dicitur. Factum illicitum est in violatione juris, jam alteri competentis, unde violator erga laesum tenetur *ex delicto.* Gajus *comm. III. 88.* « obligationes, quarum summa divisio in duas species deducitur; omnis enim « obligatio vel ex contractu nascitur, vel ex de- « licto. » - De duabus hisce obligationum fontibus generalem tractationem suscipiamus. Illud tamen memoria recolimus, legem aliquando ex factis, quae ad neutram classem vere pertinent, obligationis causam eruere, nempe « ex variis causarum figuris » *l. 1. pr. de O. et A;* horum aliqua propter analogiam, quam cum contractibus exhibebant, quasi *ex contractu* obligationem generare dicta esse a no-

stris; aliqua, quae ad delicta aliquatenus referebantur, *quasi ex maleficio*; alia denique extra classes istas omnino vagari.

§ 3. *De conventionibus - Notiones generales contractuum atque pactorum.*

Conventionis generale nomen est, quod significat duorum vel plurium in idem placitum consensum circa proprias juridicas relationes. Uti enim in actibus physicis convenire dicuntur hi, qui duobus ex locis colliguntur in unum; ita in juridicis conveniunt, qui ex diversis animi motibus jam in unum consentiunt. *Pactionis* etiam, vel *pacti,* nomen, latiori significatu acceptum, exprimit eadem: utique enim non strictiorem tantum, de qua inferius tractabimus, verum etiam generalem hanc intelligentiam nomen illud recipere, ex *l. 20. C. de pactis* solent affirmare Doctores. Nomina haec duo *pactum conventum*, intendendi causa, conjungere Magistratus ac Jurisconsulti solebant; congestione non insolita latinis, qui, referente apud Gellium Alfeno Varo, purum putum, novum novicium, proprium propicium, significantius dicebant (*a*).

(*a*) Frequentiae conjunctarum vocum argumento est, quod M. Valerius Probus grammaticus narret solitos fuisse scriptores, illud « pactum conventum », veluti familiarem dicendi modum, duabus notis significare

In definienda conventione eam diximus esse placitum circa proprias juridicas relationes. Non enim si duo jurisconsulti vel judices in unam de aliorum juribus sententiam veniant, conventio vere est; neque si plures, moralis relationis causa coeant, ad scientias colendas, exercendasve virtutes. Bene sic Vinnius, atque nitidius Savigny.

Conventionis generale nomen distinguitur in *contractus*, et *pacta* seu *pactiones* proprie et stricte acceptas. Quid tum contractus tum pactum significet, qua nota a romanis distinguantur, investigare debemus.

Ut quacumque conventione datam fidem praestemus, ratio naturalis requirit; huic tamen non plenus in jure positivo valor tributus est. Certis tantum conveniendi generibus vim actionum generandarum impertiti, aliis romani eam denegaverunt; illis contractum nomen dederunt, reliquerunt istis nomina pactorum atque pactionum. - Ecquis in separando electus character? quaenam nota fuit intrinsecae distinctionis? Indicat ex Aristone Ulpianus *l. 7. § 2. 4. de pactis:* Si *causa* subest, actionem dari, scilicet esse contractum; ea si deficiat,

« P. C. » - Aliquando disjunctas proferebant ita « pactum et conventum ». Celebris Ciceronis locus « quae judicia, aut stipulationis, aut pacti et « conventi formula non infirmari aut infringi potest, si ad verba rem de- « flectere velimus etc. »

non actionem competere, nimirum pactum, pactionem esse. Eo igitur, ut, quidnam illud *causae* sit, intelligamus, investigatio nostra convertitur.

Sunt e recentibus, qui acute disputantes ita hoc punctum exponunt: avarum populum ajunt fuisse romanos; afferunt dicentem Polybium; addere potuissent Plautum, avaritiam temporis sui in Pseudolo deplorantem. Non concepisse illos, talem esse posse, qui sese alteri, quin ipse aliquo proficeret, obligaret. Constituisse causam susceptarum obligationum in eo, quod contra praestaretur. Ubi causa esset hujusmodi, nempe aliqua hinc inde praestatio fieret, agnovisse contractum. Ecce in obligationibus, quae re contrahi dicuntur, is, qui mutuam accipiens pecuniam restituendi suscipit obligationem; suscipit idcirco, quia numerata vicissim pecunia est. In obligationibus, quae consensu solo contrahuntur, non datio quidem ulla praesens est, qua ad obligationes ineundas quis adducatur, at est contraria promissio; obligationum ipsa vicissitudo, ut altera alterius causa sit, efficit. - Neque moventur observatione obligationum, quae literis quaeque verbis contrahuntur, in quibus nulla est, quae obligato seu res detur, seu ineatur vicissim promissio. Eas e veteri mancipatione nexoque derivasse; in mancipatione et nexo aliquam in nummo uno pro re dato adfuisse vicissitudinem; memoria

originis et antiquitatis, causam in derivatis obligationibus agnitam, hisque nomen contractuum datum fuisse, contendunt.

Venia dicto sit; docti viri paulisper ingenio indulsisse per conjecturas videntur. Sint obligationes, quae re contrahuntur. Directam in deposito ille suscipit obligationem, qui ipse accipit rem commendatam; idem obligatur, idem incommodo afficitur; abit in auras tenues vicissitudo. Pone obligationes, quae consensu contrahuntur: solus est in mandato, qui recta obligatur, mandatarius, neque rei ullius beneficium percipiens, neque promissionis. Fateor, fieri ex accidenti posse, impensa forsan damnove affectum depositarium, aut mandatarium, acturum fore contrariis actionibus. At, quaeso, ne quis actiones tales, mere accidentales illas quidem ac reparantes, in causa contrahendi apud depositarium aut mandatarium fuisse dicat; quasi quispiam ad contrahendum eo solo induci possit intuitu, quia damnum, quod sibi ex contractu eveniet, corrigetur. Denique concedendum est, accipiendi depositi mandatique rationem in beneficio esse; et tamen contractus hos perquam usitatos fuisse romanis, nempe avaris. - Probavimus contractus esse aliquos sine dati acceptique vicissitudine. Sunt e contra conventiones mutuam promissionem, at non contractum, continentes. Quae sine

stipulatione concilietur transactio pactum merum est, non contractus, licet hinc inde ad dandum vel retinendum sese devinxerint transigentes. Id ipsum in compromisso, quo duo sese invicem de arbitro adeundo sine stipulatione obligaverint, contingit. Id in conventione, qua quis centum se daturum promittat (*b*), ut Stichus manumittatur, aut dotalia ea fiant nuptiis sequutis.

Quod de obligationibus adstruunt, quae literis contrahuntur aut verbis, utinam solidum adeo esset, uti est subtiliter excogitatum. Etsi enim et mancipationes et nexus et stipulationes ex eodem rerum solemnius gerendarum more majorum introductae sint, non tamen satis probatum est, ex prioribus illis postremas derivavisse, uti nec dictionem dotis, aut promissionem liberti de praestandis patrono operibus muneribusque jurejurando firmatam; quae etiam erant contractuum per verba ineundorum genera. - In mancipatione, in nexu, verba quidem, at diversa, quam in stipulatione conciperetur, forma adhibebantur: illa ex Gajo *comm. I. 119.* retulimus (§ 2), per affirmationem expressa, non autem per interrogationem ac responsionem (*c*).

(*b*) Promittat, inquam, non det: dando enim ad contractum innominatum res traduceretur (§ 4.)

(*c*) In coemptionibus uxorum interrogationes ac responsiones fuisse factas, tradit Boethius *in top. Cicer. 2. 3. 14.* « sese in coemendo invicem

Praeterea stipulationes etiam in rebus ad Rempublicam pertinentibus, in componendis pacibus, foederibusque feriendis, fuisse factas, historiarum scriptores narrant, Gajus quoque noster memorat *comm. III. 94.*: quam diverse a mancipationibus nexisque quorum usus ad privatas res propius pertinebat. - Vacillat, observata distinctione rerum, successio illa, quam stipulationibus erga mancipationes et nexa adsignant. - Ajunt, Varronem *de l. l. IV. 36. (p. 30. ed. Gothofr.)*, Festum *v. stipem* stipulationis nomen a stipe deducere, scil. ab aere; stipem autem, seu aes, interpretantur de eo, quod in negotiis per aes et libram adhibebatur; idcirco, a scriptoribus illis referri stipulationem ad mancipationem nexumque, concludunt. - At primo quidem nominis origo, a Varrone ac Festo relata, satis infirma est: aliam assignat Isidorus *origin. v. stipulatio*, nimirum a stipula, quae in stipulationibus faciendis, frangeretur; quae si suspecta videatur, nullum enim de fracta stipula aliud est apud veteres testimonium, aliam rursus habe-

« interrogabant, vir ita: an sibi mulier materfamilias esse vellet? Illa re- « spondebat, velle. Item mulier interrogabat: an vir sibi paterfamilias esse « vellet? Ille respondebat, velle. Quam solemnitatem in suis institutis « Ulpianus exponit. » Ex paucis, quae servata sunt e libris institutionum Ulpiani, non est locus a Boethio invocatus. - Caeterum in mancipationibus interrogandi ac respondendi forma in usu generali non erat.

mus ex nostri juris auctoribus, ut a stipulo, quod firmum significabat antiquis, dicta sit stipulatio. Hanc exhibet Paulus *sent. V. 7. 1.;* hanc Justinianus *pr. I. de V. O.;* hanc nos etiam tenemus. Quod si etiam ad Varronem nos Festumque referamus, e stipe atque aere, non mancipationum nexorumque memoria stipulationis nomen deducunt, sed quia pecunia *alligatur, spondetur* stipulationibus. - Denique etiamsi ea omnia, quae de stipulandi origine conjiciuntur, daremus, maneret usque, in stipulationibus, quales sunt, omnem deesse obligationis mutuae vicissitudinem. Quae si ad contractuum substantialem notionem spectaret, ad contractus referri stipulatio non posset; neque enim illa, quae ad rerum substantiam pertinent, originibus memoriisque supplentur.

Simpliciorem fortassis de *causa* in conventionibus intelligenda liceat jam nobis explicationem producere. Causae nomine cum in jure civili plura ac diversa exprimantur, tum planiore significatione in quaestione nostra, id quod gignit effectum, enuntiari putamus. Quando de obligationum civilium ac naturalium distinctione dicemus (§ 26), actiones ad merum civile jus pertinere probabimus; non eas in effectu simplicis, ex jure gentium factae, conventionis esse posse; opus esse conventionis ipsius prodita per leges agnitione. Hanc certe agnitionem

jura civilia non temere ac veluti fortuito, sed tunc denique concesserunt, quando in conventione aliquid intervenire, quo justa agnitio fieret, perspectum esset. Si tale quid in conventione adesset, in quo justa agnoscendi, ac civiles effectus tribuendi, *causa* inveniretur; firmata ea est, ac datum nomen contractus. Causa ergo in quaestione nostra significat illud in conventione elementum, quod effectui dandarum actionum aptum atque idoneum agnitum sit a jure civili.

Fuerat causa hujusmodi in obligationibus quae re contrahuntur; ubi praeter consensum, conventionibus quibuscumque communem, datio vel traditio aderat, in id facta, ut res quandoque restitueretur (mutuum, commodatum, depositum, pignus). Justum apprime visum est, ut qui rem alterius, addita restitutionis lege, accepisset, firmiter ad promissam restitutionem praestandam teneretur: in rei traditione facta ita, ut restituendum sit, elementum est agnitum, et causa justae conventionis civilis; dictus contractus, data actio est. - Erat in obligationibus, quae literis contrahuntur, scripturae, quae consensui accedebat, solemnitas; erat in stipulationibus solemnitas verborum, ubi elementum illud seu causa figeretur. - Quod si in obligationibus, quae solo consensu contrahuntur, intrinsecum elementum voluntati adjectum deest; extrinsecus causa subvenit.

qua firmandae fuerint, atque actione civili muniendae. Modo ex fide singulari, uti in mandati, in societatis conventionibus, quae amicitia generantur, fiducia personali reguntur, impendentis infamiae sanctione firmantur: modo ex nimia quotidiani usus necessitate, uti in emtionibus venditionibus, locationibus conductionibus.

Quamobrem contractus definiri potest: Conventio, quae causam habet obligandi civilem. Scilicet cui elementum tale praeter consensum accedat, quo jus civile agnitionem, suosque actionum effectus dederit. - Pactum vero proprie dictum est: Conventio, quae caret causa obligandi civili; seu, ut Diocl. et Maxim. describunt *l. 27. C. de locato*, conventio, quae placiti fine stetit. - Concinit explicationi, ac definitioni, quod juris nostri auctores pactum, stricta hac significatione sumptum, *nudum, solum*, elemento scil., quod descripsimus, destitutum, dicant. Non raro vocem « nudum » a corporalibus translatam usurpabant latini; ajunt nostri nudum consensum esse, nudam proprietatem, nudam notionem, Aristotiles nudam veritatem dixit, nudam orationem Cicero.

§ 4. *Notiones generales contractuum atque pactorum (Continuatio).*

Generandis juris gentium effectibus, quos de naturalibus obligationibus tractantes enumerabimus, idonea, pacta actionibus producendis non sufficiunt. At limitari id, ac temperari quo tempore jurisprudentia mitior ad naturale jus facile deflectebat; denique introduci, ut quae pacta ratione singulari lege edictove firmarentur, paria essent actioni praestandae. - Legis actiones lex Aebutia sustulerat; atque, invecto systemate formularum, pro universis contractuum omnium actionibus proprias edicto formulas proposuerat praetor. Verum cum negotia passim in civitate percrebuissent, ac novae civium necessitates conventionibus quibusdam, antea jure civili non agnitis, eamdem vim dari requirerent, quae data consensualibus contractibus fuerat; tum, concessis actionibus, occursum est. Quin tamen nova contractuum series exinde componeretur; ne formularum longo felicique labore perfectum opus, atque expletae classes, contractuum aliorum ac formularum novarum immissione perturbaretur: maxime cum de casibus specialibus ageretur, non tanta usus generalitatem habentibus, ut contractus nomen omnino mererentur. Quamobrem conventioni-

bus istis, actione licet vallatis, pactorum nomen relictum est, addito tantum epitheto, ut *pacta legitima*, nempe per legem agnita, dicerentur, *l. 6. de pactis.* Solent autem jure meritoque Interpretes *legitima* proprie dicta, quae nimirum lege vera firmata fuerint, ab *honorariis* seu *praetoriis*, edicto comprobatis, separare. - Actio autem, seu formula, quae ex hujusmodi conventionibus datur, est quidem generalis illa in *factum*, qua id, quod non jure legitimo, sed edicto vel interpretatione prudentium debetur, persequimur; quando de pacto honorario agitur. Quando autem de pacto legitimo res est; formula in jus concepta competit, et generalis adhibetur *condictio ex lege.* Atque ita explicandum quod Paulus *l. un. de condict. ex lege* condictionem ex lege ait obtinere « si obligatio ex « lege nova introducta sit. » Lex nova non ea, quae post XII. tab. lata fuerit, accipienda est, uti perperam placuit nonnullis; sed ea, quae post legem Aebutiam, incertae hanc quidem at antiquae aetatis, fuerit promulgata: scilicet postquam completae fuerant contractuum ac formularum series ita, ut non proprii nominis contractus, actionesque, sine turbatione introduci potuissent.

Pactorum hujusmodi, lege vel edicto confirmatorum, exempla sunt, aetate mitioris jurisprudentiae, non pauca. Primum, ut pacto nudo nauti-

cum foenus deberetur, nempe ex trajectitia pecunia, favore commercii inductum est, *l. 5. § 1., l. 7. de naut. foen.* Placuit inde vim tribui pacto nudo de usuris praestandis civitatibus, quarum credita pecunia esset, idque favore Reipublicae: praeterea efficaciam Alexander Severus *l. 12. C. de usur.* dedit pacto de usuris, pro frumento, vel hordeo mutuo dato rependendis (§ 32). Porro dotium favore Theodosius donationes dotis per nudam conventionem, stipulatione destitutam, factas confirmavit; idque aevo laxiore ad omnes donationes conventione compositas transtulit Justinianus, *l. 35. § ult. C. de donat.* Qui ipse ex nudo pacto usuras argentariis, ob publicam utilitatem et periculum rerum suarum, cui solent argentarii subesse, omnino deberi voluit; his ipsis usuras graviores, nempe besses, largitus. - Haec ex legibus pacta firmantur. Paulo timidius accessit Praetor, magistratum agens non legislatorem. Eas tantum confirmavit pactiones, quae debitum praecedens comprobare viderentur; cujusmodi est pactum constitutorium, quod debito jam existenti adjicitur; tum pactum de hypotheca, quo item obligatio extans vallatur.

Praeter legitima ac praetoria pacta, alia sunt, quae ex eo vim civilem habent, quod ad contractum referantur. De his, quorum lata explicatio ad

tractationem de singulis obligationibus spectat, pauca hic veluti per summa capita, exponamus. Pacta ad contractum relata, aut adminicula hujus, aut substantiam percellunt. Adminicula dicuntur, quae adesse possunt in contractu, item abesse, quin existentiae ipsius aut conferant aut noceant (*a*). Substantialia vero appellantur ea, sine quibus nequit consistere negotium, scil. extrema contractui componendo per leges necessaria. Pactum quod e substantia aliquid mutat, vere contractui contradicit; neque enim rei cujuslibet mutari substantia, salva re ipsa, potest. - Jamvero pacta ad contractum relata plenam vim quatuor in casibus possunt exerere. Primo: si pactum de adminiculis, nempe de accidentalibus negotii, in continenti, seu in ipso contractus contextu, adjiciatur; contractus autem sit bonae fidei. Pacta adjecta latioribus contractus hujusmodi limitibus comprehenduntur; partem ipsius efficiunt; *legem* dant eidem, *l. 7. § 5 de pact.*

Secundo: ex leniori jurisprudentia vim civilem pacta adepta sunt, quae etiam stricti juris negotiis addita in continenti fuissent, atque eorum adminicula respicerent. Modo tamen non novum jus inducant extra ea, quae ex ipso negotio, puta ex in-

(*a*) Eadem naturalia dici solent, quando in contractibus usuveniant, nisi conventum fuerit in contrarium; Vinnius *de pact. IX. 7.*

terrogatione et responsione in stipulationibus, nascuntur. est enim forma finisque negotiis hujusmodi usque rigidior; at simplicem juribus ex negotio genitis afferant modum. Ex. gr. adjiciant dilationem diemque, *l. 4. § ult. de pact.;* aut etiam aliquid de juribus ipsis detrahant; etenim limites negotii conventio detrahens non superat, imo intra eos manet, *l. 40. de R. C.* (§ 32.)

Tertio: Si pactum in continenti conventum ad substantialia pertineat negotii, scilicet, ea mutando, huic contradicat; sique constet, illud praevalentem ac principalem voluntatem exprimere: contractum, qui nominatus a contrahentibus fuit, expungit; nullus enim sine voluntate primitiva contractus consistere potest, *l. 36. de contrah. emt.*

Quarto: Si ex intervallo, scilicet interjecto tempore, substantiale itidem pactum consensuali contractui sit appositum, plenam vim ex eo principio capit, quod contrarius consensus contractus consensuales dissolvit, *l. 72. pr. vers. an idem, de contrah. emt.* (*b*).

(*b*) Adde (§ 48.) Quae pacta ex intervallo addita ad adminicula pertinent, ea numquam insunt negotio sive stricti juris, sive bonae fidei; neque si adjiciant aliquid juri contractus, neque si detrahant ex eo. Scilicet adjicientia quidem non dant actionem, detrahentia vero operantur solum ope exceptionis. Nec enim dici unquam potest inesse contractui pactum, quod post completum illum, ac veluti conclusum, fiat; uti non his, quae repleta

Pacta, quae non lege, non edicto firmata fuerint, quae non sua erga contractum relatione vim ceperint, civilem tamen, si in contractus formam ipsamet redigantur, efficaciam nanciscuntur. Duo sunt, in quae pactum nudum converti potest, genera contractuum; stipulationes, et contractus, ut ajunt, innominati, *l. 45. de pact.*; illae pactum excipere utriusque paciscentis voluntate possunt, hi autem voluntate unius tantum ex ipsis. Antiquior quidem atque usitatior stipulatio est, quam adamussim firmandarum obligationum causa fuisse introductam, refert Paulus *sent. V. 7. 1.* Ea si firmandis pactis adhibeatur, ad generandam hinc inde obligationem directis, duplicatur; ac duabus mutuis interrogationibus, tum responsionibus, expeditur.

sint, aliquid amplius comprehendi, neqne perfectis pars addi potest. Ulp. *l. 7. § 5. de pact.* « ea enim pacta insunt, quae legem contractui dant, id « est, qnae in ingressu contractus facta sunt. » Maximin. *l. 13. C. eod. tit.*

Nec obstat *l. 72. pr. de contrah. emt.* « pacta conventa, qnae po- « stea facta detrahunt aliquid emtioni, contineri contractu videntur. » Memorandum est, in b. f. judiciis necessarium non esse, quod in formula exceptiones exprimantur (cap. VI in princ. not. a), ita ut denique non referat, utrum ipso jure an ope exceptionis pactum operetur in b. f. judicio. Papinianus eatenus pacta detrahentia, postea facta, contineri contractu affirmat: addito tamen illo « videntur » ut non proprie sese loqui indicet; nam vere non continentur. - Pariter non operantur ipso jure pacta substantialia quidem, at ex intervallo adjecta contractui non consensuali, aut etiam consensuali sed rebus non integris: neque enim valet tunc regula de contrario consensu, qui contractum perimere queat (§ 48.)

Aliquando pacta in contractum innominatum transferuntur. Pacto, ubi de mutua praestatione conventum fuisset, ab uno ex paciscentibus adimpleto, ut actio huic ad alium compellendum daretur, magna quidem certe fuit ratio aequitatis. Coepit succurrere praetor, data actione de dolo, si quando fraudis formam, ac notam, denegata ab alio pacti executio haberet. Imo etiamsi non omnia in promptu essent dandae actioni de dolo extrema, facti tamen adjuncta evidentem proclamarent aequitatem; actionem in factum, quam praetor pro singulari aequitate interdum concedebat in subsidium, ipse suppeditabat. Forte post aliquem e Proculianis, Aristo, Trajani aetate, negotium et contractum agnoscendi, ac dandae actionis primo executori pacti, generale principium firmiter defendit, *l. 7. § 2. de pact.* Verum non hoc simul et semel plene receptum fuit. Obtinuit primo; si executio pacti in dando constitisset, et paciscens alius ad dandum itidem teneretur *(do ut des)*, fortasse ob multam permutationum frequentiam. Id tamen ipsum non sine contradictionibus admissum videtur; siquidem Sabini schola illud « do ut des » ad emtionem venditionem seu ad locationem conductionem referre malebat, quam ad novum negotium, *l. 1. § 1. de contrah. empt., § 2. I. de contrah. emt., § 2. I. de locat. et cond., Gaj. III. 141. 144.*- Inde

receptum in executione pacti, quae constitisset in dando, alio paciscente ad faciendum obligato *(do ut facias)*. Verum etiam de hac forma Julianus tempore Adriani, adeoque post Aristonem, proposita specie servi dati, ut alius servus ab accipiente manumitteretur, non contractum agnovit, unde actio civilis competeret, et praetoriam solum illam in factum subsidiariam dandam censuit. Reprehensus tamen a Mauriciano, qui floruit sub Antonino Pio, et ibi contractum perspexit; cujus quidem sententia placuit Ulpiano et Paulo, *l. 7. § 2. de pact.*, *l. 5. § 2. de praescr. verb.* (c) - Difficilius in vi contractus recipienda progressum est quoad illas pactorum executiones, quae in faciendo consisterent, *(facio ut des, facio ut facias)*; forsan quia non hae, uti executiones per dationem impletae, cum contractibus, qui re perficiuntur, similitudinem exhibebant. Tarda satis aetate Paulus, qui cum Ulpiano fuit Papiniani adsessor, negotium civile formae illius *facio ut des* non admisisse videtur, *l. 5. § 3. de praescr. verb.*, negans actionem quamcumque civilem, ac solam de dolo concedens; et ab ejus sententia non distant Diocl. et Maxim. *l. 4. C. de dolo malo.* Verum aliis juris auctoribus pas-

(c) In *l. 5. § 2. praescr. verb.* Tribonianus per breviora progrediens, potius quam integram disputationem referat, Juliano appingit id, quod Maurícianus vere, notans Julianum, dixerat.

sim haec etiam forma probatur, *l. 15. l. 22. de praescr. verb.* Ita confectum est, ut accedens pacto primus executionis actus causam civilem obligandi constituere censeretur, et actio civilis praescriptis verbis perpetuo exinde daretur.

Diverse quam in pactis legitimis, quae contractus nomen omnino non sunt assequuta, placuit in novis hisce negociis uti generali expressione contractus; non enim speciales et raros casus, at latiora continebant obligandi genera, quae denominationem eam prorsus merebantur. Contractibus tamen ipsis proprium et speciale nomen datum non est, tum ne dispositae jam classes perturbarentur, tum quia paullatim et per multas contradictiones res subreperat potius, quam uno, quo de specialibus nominibus tribuendis provideretur, tempore fuisset proclamata. Hinc negotia hujusmodi causam habere non nomen, ait Ulpianus *l. 7. § 2. de pactis;* contractus *incertos* ipse Ulp. vocat *l. 9. pr. de R. C.*; Interpretes contractus *innominatos* appellant.

Ex contractuum innominatorum explicata origine concluditur ratio, cur, praeter solitam contractuum potestatem, adversus eum, qui non impleverit obligationem, non actio tantum praescriptis verbis primo executori conventionis competat, ut ab illo implementum obtineat; verum etiam, ut a se

data recipiat, condictio ob causam datorum. Datum id ei est, utpote contractus ipsius per executionem primam auctori ac generatori, ut in hunc, quasi opus suum esset, multum potestatis haberet, et quem solus composuerat solus etiam posset dissolvere.

§ 5. *Divisiones contractuum.*

Ea quae ad Juris nostri Elementa pertinent aut delibantes aut etiam omittentes, e caeteris plura ad caput III., quod de obligationibus dividendis erit, remittentes, pauca hic de contractuum divisionibus producamus. Aliquando contractus nomen a veteribus adhibitum fuit illis exprimendis negotiis, ubi non unum tantum jus, una obligatio, sed duplex hinc inde nasceretur. Eodem scilicet significatu, quo συνάλλαγμα a graecis, quasi commutatio, a συν et αλλαγη dictum est. Sic ab Aristone *l. 7 § 2. de pactis*, sic a Labeone, verborum originis scientissimo, apud Ulp. *l. 19. de V. S.* (*a*).- Verum contractus passim in jure, ampliori significatione, eos etiam dictos invenimus, qui jus unum, unam obligationem generant: unde contractuum

(*a*) Quaestio mere nominalis est, ut ajunt, atque ad originem vocum relata. Non ea tangit quaestionem de substantia contractuum, de qua sup. (§ 3).

vulgatissima distinctio, in *bilaterales* seu *sinallagmaticos,* atque *unilaterales.* - Quaesitum de illis, ubi non duae initio oriuntur obligationes sed directa quidem una, alia vero ex post facto et accidentaliter contraria subvenit; quales sunt contractus depositi, commodati, mandati, pignoris. Non nimium de nominibus disceptantes facile concedimus illis, qui adscribunt bilateralibus; modo, uti bene solent, a negotiis, duas obligationes directe gignentibus veramque commutationem continentibus, improprietatis adjecta nota distinguantur, et bilaterales inaequales vel imperfecti dicantur.

Huic ita intellectae contractuum divisioni aliam adjicere possumus, aeque notam, in *bonae fidei* et *stricti juris* negotia; quam quidem non ab illa prorsus separatam, imo derivatam reor. Quando enim duplex ex contractu jus nasci posset, duplex obligatio, fieri quidem potuit liberior ad bonam fidem ampliatio, quae commodum atque periculum apud utrumque contrahentem aequa lance produxisset. Ast uno tantum e contrahentibus jus acquirente, alio vero obligationi subdito, non latius accipi contractus, sine ejus injuria potuisset, cujus gravamina, nullo pensata beneficio, fuissent adaucta. Opinio haec, quae neque gravibus defensoribus destituitur, neque caret doctis contradictoribus, ex variis, quas accepimus, bonae fidei actionum enumerationibus

confirmatur, Cicero *de offic. c. 15. 17., top. c. 17., de nat. deor. III. 30., Gaj. IV. 62., § 28. I. de action.*

Non prius ab hoc articulo discedam, quam de regula, ad bilaterales contractus pertinente, dixerim: Non unum ex contrahentibus compelli posse ab alio, qui ipse non satisfecerit; posse illum praemature compulsum uti exceptione, quam Interpretes vocant *non adimpleti contractus.* Inter contractus bilaterales perfectos, qui scilicet duas directas efficiunt actiones, de sola emtione venditione textus habemus expressos (*b*). Et primo quidem favore venditoris introductum esse videtur, emtorem rem venditam haud petiturum, nisi oblato pretio, *l. 31. vers. sed adjicere, de R. C., l. 22. de hered. vel. act. vend., l. 13. § offerri 8. de action. emti, l. 31. § 8., l. 57. pr. de aedil. ed., l. 14. § 1. de furtis, l. 8. fi. C. de action. emti.* (*c*) –

(*b*) Non bene invocant aliqui *l. 21. C. de pactis* ubi rescribunt Impp., non posse ex transactionis conventione agere nisi eum, qui stipulatione sibi prospexisset, aut eum, qui placito adimplere paratus sit. Spectat enim rescriptum ad alium juris articulum, scil. quandonam nuda conventio dicatur fieri contractus, et actiones producat. Juxta solitam regulam *l. 45. de pactis*, pactum transactionis vim hujusmodi non adipiscitur, nisi aut in stipulationem deductum sit, aut adimplemento unius transferatur in contractum innominatum (§ 4).

(*c*) Aetate Ciceronis nondum hoc jus invaluisse, conjici potest ex Varrone, qui Ciceroni fuit aequalis, *de re rust. II. 2. 5.* « Grex dominum non

Consequenter placuit ne venditor vicissim, nisi oblata re, utiliter conveniret ad solvendum pretium. Paulus *l. 5. § 4 de doli mali et met. except.* de *mercis non traditae* exceptione mentionem facit; et Julianus *l. 25. de act. emti* conceptionem exceptionis, in formula exprimendae, describit. « Si ea pecunia, de qua agitur, non pro « ea re petitur, quae venit, neque tradita est ». Denique Gajus *comm. IV. 126a* justam hanc exceptionem dicit; limitat tamen, nisi fuisset conventum, ut prius solveretur pretium quam res traderetur; tunc ait replicationem futuram. « Aut prae« dictum est, ne aliter emtori res traderetur, quam si « emtor pretium solverit. » - Caeterum non displicet sententia Doctorum, ad alios b. f. contractus, quibus ab initio duplex constituta sit obligatio, exceptionem hujusmodi producentium; ad societatem exempli causa, ad locationem conductionem (*d*). Modo non ex conventione, aut ex ipsa contractus indole, unus e contrahentibus debeat satisfacere prior; veluti si in locatione pensio non praeroganda, sed exeunte quoquo anno rependenda sit, perperam lo-

« mutavit, nisi si (aes) est adnumeratum; nec non emtor potest ex emto « vendito illum damnare, *quamvis non solverit nummos;* ut ille emtorem « simili judicio, si non reddit pretium. »

(*d*) Maxime cum etiam in bilateralibus imperfectis jus retentionis aliquando admittatur, *l. 18. § ult. commod.* (§ 45).

cator rem locatam ante pensionem solutam praestare recusaret. - Disputatur de onere probationis, exceptione hac opposita, quem maneat; actoremne, cui sese contractum implevisse demonstrandum sit, an reum conventum, eumdemque excipientem, cujus sit probare, non fuisse sibi satisfactum. Placent qui aptant generales regulas, reum excipientem probare debere exceptiones suas.

§ 6. *Extrema necessaria ad conventionum validitatem.*

Ex ipsa, quam superius retulimus, definitione conventionum patet, plures in ea, duas saltem, requiri personas, quae consentiant de quodam objecto. Tria resultant necessaria cuilibet conventioni extrema: Capacitas personarum ad conveniendum: Consensus: Aptitudo objecti, ut de eo possit haberi conventio.

Et primo quidem capaces conveniendo sint oportet personae. Quisquis homo, jurium subjectum, capax idem est generandi obligationes per conventionem suam. - Positivae tamen exceptiones factae sunt jure romano. Prima de servis, tum de filiis familias quoad suos patresfamilias. Horum tractatio in jure personarum exponendo habet sedem propriam; partem, quae ad obligationes refertur inti-

mius. indicabimus quando de naturalibus obligationibus sermo erit (§ 26). - Alia exceptio de peregrinis, quibus neque connubium communicatum est, neque commercium. Commercium, quod propria quidem acceptione emendi vendendique facultatem significat, technice capacitatem exprimit componendi symbolici illius contractus, qui mancipationis nomine venit, *Ulp. XIX. 4.* Hac peregrini carebant, unde etiam, per plus minusve directam consequentiam, testamenti factione remoti sunt, ac stipulatione illa: *Dari spondes? Spondeo, Gaj. III.93.* Conventiones aliae peregrinis quoque ipsis patebant, hisque actionum promovendarum causa romana civitas in formula fingebatur, *Gaj. IV. 37.* (§ 26).

Minus eleganter aliqui pupillos adnumerant incapacibus, furiosos, ebrios. Libertate hi, ac civitate gaudent; nulla idcirco vera ac substantiali obligationum per conventiones suscipiendarum incapacitate afficiuntur; ab suae capacitatis exercitio tantum distinentur. Adeo ut qui pupilli infantiam excesserint utique ipsi contrahant, adjecta tantum, praesentis defectus causa, tutorum auctoritate: imo et infantes et furiosi quasi ex contractu obligentur, veluti si quis negotia ipsorum gessisset. Quanta imperitia de his, quod quasi contraherent, dictum fuisset, si contractus in eorum persona verae incapacitatis causa non conciperetur! Itaque horum conditio ad aliud

de consensus necessitate extremum, puriori ordine, referenda est.

Quoad consensum latius patet tractatio. - Duos vel plures de eodem consentire debere constat; neque enim quisquam sine sua voluntate aut jura acquirere potest, aut obligationes inire. Unus in jure nostro casus est, quo obliget unum promissio, quae nondum ab alio sit recepta *(pollicitatio)*; si Reipublicae favore facta fuerit, aut oblata Numini *(votum)*; *tit. de pollicitat.*

Interdum consensus nuda figura est, at non veritas; sive ob defectum intellectus, sive voluntatis in alterutro aut in utroque contrahente. - Deest intellectus sive ex physicis causis, sive ex moralibus. Cum inter physicas hominum ac morales facultates Auctor naturae perpetuam relationem constituerit; tum causae physicae intellectum obscurant. Modo ob *aetatem*, unde infantium invalidae conventiones, pupillorum etiam infantia majorum qui sine auctoritate tutorum contraxerint (§ 26), item minorum absque curatorum consensu contrahentium (*a*);

(*a*) Gravis de minoribus quaestio agitatur. Licet enim obligationes minorum, sine consensu curatoris initas non valere civiliter, multorum opinio sit; non desunt graves Scriptores, qui imo valere eas affirment, et solum causa cognita in integrum restitutionem concedi a praetore. Accessi prioribus motus apprime *leg. 3. C. de in int. rest. minor.* Motus praeterea ratione: nam si per curatoris petitionem atque dationem, agnita fuit minoris ad negotia administranda ineptitudo; non erat, cur obligationes, quas inde

modo ob *morbum*, maxime illum, quo mens occupetur, unde furiosi atque amentes sunt a contrahendo remoti; modo ob *sexum*, quo factum est, ut per totum Reipublicae tempus, atque etiam diu sub Imperatoribus, feminae tutoris auctoritatem adhibere deberent, atque etiam jure Pandectarum et Codicis plures errores, qui a masculis allegati non excusant, feminis prosint. - Ad morales, quae intellectum vitiant, causas *error* spectat; cui accedit *dolus*.

solus inisset, civiliter observarentur, et remedium solum in integrum restitutionis concederetur extraordinarium. Quod quidem etiam tunc competit, quando curator petitus et acceptus non fuerit; imo prius introductum est a praetore, quam curatelae generalis usus a D. Marco induceretur. Non difficilis responsio est ad *l. 101. de V. O.*, intelligi eam debere de minoribus qui curatores non acceperint, intellecto verbo illo « suis » generali respectu curatorum et puberum tamquam correlatorum. - Hoc jus resultat de minoribus: Aut curatorem non habent, et tunc adversus obligationes susceptas unam habent in integrum restitutionem causa cognita. Aut habent curatorem, et tunc siquidem soli contraxerint, obligatio civiliter non tenet, neque opus est subsidiario remedio, si vero adhibuerint curatoris consensum, redit beneficium in integrum restitutionis causa cognita dandum, *tit. Cod. si tutor vel curat. interven.*, ampliato nimirum beneficii hujus usu primigenio. Remedium enim in integrum restitutionis inductum fuit, quando minores non ordinario curatoribus utebantur; perseveravit in usu esse, introducta curatorum frequentia, ita ut non solum adhiberetur quando forte curator petitus datusque non esset, sed etiam si adesset curator ejusque consensu interveniente res gesta improvide fuisset. - De dictis excipe contractum nuptiarum, *l. 20. de ritu nuptiar.*; valet ille et sine curatoris accepti consensu compositus a minore, quia directe non res sed personam respicit. curator autem rebus non personae datur.

Voluntatis defectu conventiones ruunt, aut quia principium illud internum, quo sese homo ad agendum determinat (spontaneitatem dicunt), per vim physicam tollatur *(vis)*; aut quia eligendi facultas, unde voluntas moralem characterem sumit, nempe libertas, minuatur per illatum metum *(metus)*; aut quia facultas reflectendi, qua maturior ac seria voluntas evadit, auferatur, quod praecipue per affectus efficitur, unde turbolenti motus erumpunt, quos graeci παθήματα, nostrates vocant *le passioni*. Huc ira, brevis ille furor, spectat, unde vitiari conventiones posse, argnunt Doctores ex *l. 48. de R. I.*: huc potest etiam prodigentia, quae et ipsa furori aequiparata fuit, referri; atque accedit ebrietas.

Magna enimvero paratur tractationis moles. De principalibus principalia dicturi ad errorem tantum, ad dolum, ad vim et metum, sermonem cohibebimus.

§ 7. *Error.*

Status intellectus, quo veritatis notio ab aliqua falsitate obscuratur, dicitur error. De erroribus late vagantem tractactionem ad ea, quae conventiones respiciunt propius, cohibentes, initio notissimam distinctionem memoramus substantialem inter ac non substantialem errorem. Dicunt *substantialem* eum, ex quo resultat actus adeo diversus a volito, ut

voluntate penitus destituatur; leviori dant nomen *non substantialis* (a).

Ac primo quidem si in causa conveniendi fuerit erratum, error non substantialis esse videtur; falsa causa non nocet. Quemadmodum in testamentis falsa

(a) Habet textus aliam aeque notam distinctionem in errorem seu ignorantiam *juris* et *facti*; ac celebre effatum, errorem juris non excusare, excusare errorem facti, *tot. tit. de jur. et facti ignor.* Fundamentum hujus principii in eo quod scribit Neratius *l. 2. de jur. et facti ignor.*, jus quidem certum ac definitum esse, dum factorum interpretatio etiam prudentissimos fallit. Non tamen observatione tali res universa absolvitur; non enim cives omnes sunt juris periti, et multos latent jura, certa licet ea sint, ac definita. Hinc Labeo, errorem atque ignorantiam quoque juris excusare putabat, si quis nec sua esset prudentia instructus, neque copiam jurisconsultorum haberet quos interrogaret. Labeonem utique reprobavit Paulus *l. 9. § 3 eod. tit.* pronuncians « raro id accipiendum »; scilicet rarius esse illud, quam ut exceptio exinde componi posset. Vere tamen non adeo rarum illud est; neque est ex his quae, cum semel aut bis contingant, a legislatoribus praetereuntur. Excludendae Labeonis exceptioni alia consideratio profuit, nempe ordinis publici. Si enim quolibet in casu disputandum esset, an lex illi aut illi innotuisset, nihil jam constans, nihil firmum in civitate maneret. Communi scientiae per promulgationem rite factam provideri creditum est. Igitur regulae de errore, aut ignorantia juris non admittenda, ratio veritatis simul, ac ratio politices contulit momentum suum. - Atque inde explicatur, quomodo regulae, si non Labeonis illa latissima, subsint tamen exceptiones neque rarae neque leves. Scilicet si non ad ea, quae jam amiserit recipienda, sed ad ea, quae amissurus adhuc esset servanda, juris errorem quis alleget, potest allegatio admitti, *l. 8. eod. tit.* Admissus praeterea advena allegandae ignorantiae juris, quod sit civitatis peculiare, seu, uti ajunt, statutarium. Atque excusantur saepe in jure ignorantes minores, feminae, rustici, milites.

legandi causa non perimit legatum, *§ 31. I. de legat.*; neque traditionis causa falsa impedit, quominus dominia tradendo transferantur, personalibus tantum datis ad repetendum actionibus, seu condictionibus, *tot. tit. de condict. indeb.*, etc. (*b*); ita error, qui in eas incidisset cogitationes, quae voluntatis ad conveniendum directe deliberationem antecesserunt, error scilicet in causa, conventionem non vitiat. Tot enim sunt, tam et natura et momento variae, atque implicatae cogitationes, quibus ad negotia contrahenda homines adducuntur, ut si validitati istorum firmandae considerari illae ac perpendi deberent, per infinitas lites nullus jam esset contractus, qui non vacillaret.

E contra error circa indolem atque naturam gesti negotii turbat omnino illud, atque corrumpit. Donandi animo dedi; quasi mutuum accepisti. Dissensus adeo plenus est, ut non ego id, quod tu censeres, agere cogitarem, nec tu quod ego sentirem intelligeres: igitur neque donatio est neque mutuum, Ulp. *l. 18. pr. de R. C.* - Quo tamen non fit, ut traditio dominium non transtulerit. Nam quoad traditionis actum titulus donationis, aut mutui, nihil aliud est, quam causa cur volitus fuerit:

(*b*) *L. 31. pr. de a. r. d.* accipienda est de translatione firma adeo ac tuta, ut condictionibus locus esse nequeat.

donationis ac mutui defectus traditionem spoliat causa sua, atque ita res recidit ad errores in causa, qui non vitiant. Denique traditio valet, Juliano auctore *l. 36. de a. r. d.;* atque id quod datum sit nonnisi condictionibus poterit recuperari (*c*).

Non minus vitiat error in contractus objecto talis, ut de alia re unus, alius de diversa omnino cogitaverit. Error in corpore dicitur. Quare si tu Sempronianum illum fundum vendere putes, mihi sit emendi hujus Corneliani opinio, nihil emetur. *l. 9. pr. de contrah. emt.*

Fragmentorum, quae inter se repugnare videntur, difficultas asperam de erroribus, circa rei in contractum inductae qualitates, facit disputationem. In corpore consensus est; contrahens uterque de eo vaso, de illa tabula, aut veste, cogitavit. Qualitates diversae sunt ab illis, quae apparuerunt; non vas ex eo metallo, non ex eo ligno tabula est, non vestis ea bonitate. Quaeritur, utrum contractus valere possit, an cadat. - Generaliter placet sententia, quam egregie exponit Savigny *System. III.*

(*c*) Est in fragmento Ulpiani, nempe in *l. 19. pr. de R. C.*, incisum illud « magisque nummos accipientis non fieri », quod Juliano contradicere videtur. Aut intelligendum est, nummos accipientis non fieri firmiter, revocationis intuitu per condictionem inde efficiendae; vid. (not. b). Aut non nimis attendenda res ab Ulpiano aliud agente, per transennam, et dubitanter quidem, indicata: idque mihi semper visum est probabilius.

§ 127. Distinguendum esse: Si erratum in tali qualitate fuerit, quae efficiat, ut res ad certam mercium classem in commerciis pertineat; tunc gravitate erroris vitiari negotium (*d*): leviorem errorem circa qualitates, quibus diversitas mercium non determinetur, validitati contractus non officere. Primum illud apprime in metallis contingere; quae, si pretiosa sint, aurum, argentum, ad certum artificium atque industriam pertinent; non pretiosa, uti aes atque aurichalcum, mercatura et opificio prorsus separato exercentur. Quare si vas aeneum quis, quod aureum putabat, emerit, aut plumbeum pro argenteo, contractus non valet, *l. 9. § ult., l. 14. de contrah. emt.* - Valet e contra, si quod est ex auro deteriore quasi purum ematur, *l. 10. eod. tit.* Atque ita interpretari debemus *d. l. 14.*, valere contractum, si *inauratum* pro auro veneat; nempe intelligendus Ulp. de mixtura auri cum deteriore metallo, non autem de simplici incrustatione inaurati aeris, quo casu substantialis inter inductum ac volitum metallum diversitas negotium subverteret. Item si mensae e ligno viliore, e quercu, aut fagio, emantur pro citreis, valet; *l. 21. § 2. de act. emt.*, ubi « emtionem esse » non interjecta negatione, legi debere, defendit Binkershoek, et optimi

(*d*) Limitationem, pro nostra sententia addendam, adducemus inferius.

Codices confirmant. Pariter emtio constitit, si pro novis interpolae vestes emtae sint; Marcian. *l. 45. de contrah. emt.* Itaque in hujusmodi casibus, servata validitate, corrigitur tantum error actione negotii bonae fidei, per quam is, qui exinde caperet damnum, ab alio contrahente petit praestationem ejus, quod interest rem meliorem non esse. Qua quidem praestatione, si sciens atque decipiens venditor compellatur, omne damnum emtori contingens continebitur: sed errans et ipse atque ignorans venditor, tantum rei nomine tenebitur, nempe de sola diversitate valoris, *d. l. 45.* (*e*). Quapropter horum talis exitus erit contractuum, ut tabula quercea, vestis interpola, restet in debito, dandaque sit; praeterea praestandum sit, varia quam innui mensura, id quod interest tabulam citream, vestem novam non esse (*f*).

Hisce ita expositis obicem parat ipse Marcianus in *fi. d. l. 45. de contrah. emt.* substinens venditionem, ubi vas ex aurichalco pro auro inductum fuisset, pro metallo pretioso non pretiosum, aliud mercis genus pro alio. Varii varia proferunt. Incisum

(*e*) Adde. (§ 30. not. a)

(*f*) Si tamen tantum ex qualitate ignorata vitium resultet, ut omnino res ad usum, quem cogitata qualitas praestitisset, inepta appareat, non solum quanti minoris agi potest ab emtore, verum huic provisum est peculiari actione redhibitoria.

illud fragmenti ad singularem Labeonis sententiam referendum esse defendit Savigny. Displicet conjectura. Marcianus enim initio loci, ubi de vestibus interpolis tractat, quae pro novis venierint, invocat quidem sententiam Labeonis, sed non singularem, imo Trebatio, Pomponio et Juliano, et ipsi quoque Marciano communem. Quando autem in fine addit, similia de aurichalco, quod pro auro veneat, esse dicenda; Labeonem ne memorat quidem. Duo igitur illi conjecturae repugnant; nullam in textu referri singularem Labeonis opinionem, silentium de Labeone in articulo. controverso penitus servari. Alia tentemus.

Quod diximus, errorem circa qualitates, mercium genera diversa constituentes, obstare negotiorum validitati, non absolute tenendum est. - Posito romani juris axiomate, actus hominum esse, qua fieri potest, substinendos, maxime si immeritum alicui damnum subversio illorum generaret; interdum placuisse putamus, quod, si error talis in negotii objectum caderet, ut in ipso objecto, directim deducto, servari contractus non posset; justae tamen ignorantiae provideretur, et contractus in surrogato objecto, scilicet in eo quod interest, substineretur. Etenim in contrahendo, ex. gr. in emendis rebus, semper quod interest prospicimus; necessitatem scilicet, utilitatemve nostram procuramus. Ergo non

fuit inconsentaneum, id quod interest ita considerare, ut, locum rei directo inductae, quae in contractu esse nequeat, subingrediens, contractum ipsum confirmaret. Nempe ne juste ignorans damno afficeretur, prae magna illa aequitate, quae alia longe graviora saepe suasit. - Neque nova atque inusitata rei ad aestimationem, aut ad id quod interest, traductio est. Mitto exemplum legatorum rei alienae, quae, si ob testatoris scientiam valeant, at rei dominus redimi hanc ab herede non patiatur, objectum in rei ipsius aestimatione substitutum recipiunt. In contractibus etiam proxima exempla sunt. Ecce emitur homo liber, qui servus esse creditur; aut res sacra vel publica, ea opinione, quod privati humanique juris sit. Certe quoad rem ipsam contractus non tenet, *l. 62. § 1. de contrah. emt.* Attamen ex hac *l. 62. § 1.*, et *l. 70. eod. tit.* facile demonstratur, valere contractum, in eo, quod interest emtoris, constitutum. Qua significatione Licinnius Rufinus in *d. l. 70.* ait « liberi hominis « emtionem contrahi posse plerique existimaverunt: « si modo inter ignorantes id fiat. Quod idem placet, etiam si venditor sciat, emtor autem igno« ret. Quod si emtor sciens liberum esse, emerit, « nulla emtio contrahitur ». - Non me praeterit, graves esse rerum nostrarum Scriptores, quibus emtionem rei commercio exemptae nullam prorsus esse,

persuasum est. Vident hi quidem datam a legibus nostris ignoranti emtori actionem emti, quae contractum emtionis, unde veniat atque dicatur, supponit; at respondent, romanos actionem emti ideo dedisse, ut actione doli, quae revera danda fuisset, at nimis odiosa est, abstinerent. Sed neque Rufinum qui de substinendo emtionis negotio apertissime pronuntiat, explicare; neque rationem concessae actionis emti idoneam adducere videntur. Non enim actionem doli mali adversus eum, qui decepit, venditorem institui, adeo vitanda res fuit; ut inconcinnum aliud admitteretur, ex contractu, qui non existeret, dari et nominari actionem.

Quod si emtoris errori datum est adeo, ut, a re ad id quod interest translatione facta, negotium firmetur, quando error de rei natura gravissimus contigisset; quidni, errore circa qualitates eveniente, simili substitutione facta, firmaretur? - Itaque si de tali qualitate erratum fuerit, qua genera mercium diversa distinguuntur, in ipsa quidem re directim inducta contractus non servabitur, *l. 9 § ult., l. 14. de contrah. emt.*; at, ignoranti emtori eatenus subvenietur, ut, in rei locum eo quod interest subducto, emtio consistat, atque agatur ex ea, *l. 45. fi. eod. tit.* - Jam qui integrum perlegat Marciani textum, differentiam notabit, qua vestium interpolarum pro novis venditarum casus judicatur, ac alius,

ubi aurichalcum pro auro venit. Etenim interpolas vestes in contractu servat Marcianus; deberi eas significat, superaddito eo quod interest novas non esse: at excludit penitus contractu aurichalcum « tenetur, ut aurum, quod vendidit, praestet », unam deberi ait auri aestimationem.

Denique monendum est, quod si de tali agatur contractu, unde unus e contrahentibus solus in actu contrahendi accipit, aut jus obligationis acquirit; non major erroris, qui super qualitates mercium genera separantes contingit, efficacia est, quam ejus qui afficit qualitates leviores. Objectum directim deductum in contractu restat; id quod interest, meliorem eam rem non esse, adjicitur. Ita de contractu pignoris Ulp. *l. 1. § 2. de pign. act.*; de stipulatione Paulus *l. 22. de V. O.* Quando enim de qualitatibus gravioribus ibi erratum esset, ubi hinc inde datur aut promittitur aliquid, integra datum inter et acceptum relatio, qua contractus regitur, perturbatur; quando unus acquirit solus, nulla est relatio talis, quam error hujusmodi subvertat; prodest illi, ut qualem qualem rem, in negotium deductam obtineat, addito ejus quod interest supplemento.

E variis, quae in contractibus contingere possunt, errorum figuris, una remanet consideranda; scilicet quando circa personam, quacum contrahatur, erratum sit. Siquis putans cum una persona con-

trahere, ineat cum alia negotium; probabilior sententia est distinguentium, ac tunc demum nullitatem contractus agnoscentium, quando in eo, quocum revera res agitur, illae desint qualitates, quas aut lex aut voluntas necessario in contrahente desiderat. - Quando credimus falso, personam, cum qua contrahimus, qualitatibus per legem necessariis praeditam esse; non tam error causa directa nullitatis est, quam lex ipsa. Si cum Gajo, sanae mentis homine me contrahere putans, cum Titio demente in statu obumbratae quietis contraham; non error directe, sed defectus idoneae personae, corrumpit contractum (*g*).

Verus efficaciae erroris casus est, quando in persona objecta desint qualitates, quas in cogitata persona voluntas contrahentis exigebat. Si in opere, ad nobiliores artes spectante, quis cum uno pictore aut architecto contrahere arbitratus conventionem componat cum alio, nulla haec erit profecto: adeo enim in artificiis hujusmodi personae cujusque varia peritia, diversa industria est, ut non eum qui cum uno contrahere voluit, aeque cum alio contracturum

(*g*) Idem dicendum, si non in persona ipsa, sed solum in qualitatibus ejus, quae jure necessariae sint, fuerit erratum. Exemplum in *l. 36. ff. famil. ercisc.* Neque ad solos contractus, verum etiam ad alios actus, talia pertinent: veluti si donatum mihi putavi a Gajo domino, dum Gajus, at non dominus, dabat. Species observanda in *l. 25. de donation.*

esse, credibile sit. Secus esset si de vilioribus opificiis, atque opificibus rudioribus *(manuali)*, tractetur, quorum opera facilis non nimiam inter diversas personas patitur differentiam. – Ita etiam in testamentis, in quibus personales qualitates, nostra largitione dignas, inspicimus, si unum scripserimus de alio cogitantes, dispositio cadit, atque error in corpore hominis dicitur, *l. 9. pr. de hered. instit.* Nec diverse observatur in matrimoniis, ubi personae qualitates omnino considerantur, adeoque per errorem circa personam vitium consensui penitus irrogatur. – Verum expositae distinctioni parat difficultatem celebre fragmentum Iuventii Celsi *l. si me et Titium, 32. de R. C.* Cum indigeres nummis, me et Titium simul rogavisti de pecunia mutua. Forte ego, qui debitorem quemdam habebam, conveni de eo tibi delegando; item Titius, cui suus etiam debitor erat, de hoc delegando tibi convenit. Hisce ita conventis, tu eum adivisti, quem Titii debitorem, dum vere meus erat, putabas, atque ab eo es stipulatus; porro accepisti pecuniam. Juxta ea, quae supra distinguendo constituimus, mutuum mecum contractum esse videbatur: quamquam enim error in persona contigisset, qualem descripsi, non tamen in qualitatibus cecidit, quae aut per legem aut per voluntatem necessariae essent. Tam meus, quam Titii debitor, dominus

erat pecuniae suae, cujus dominium poterat transferre; uterque idoneus aeque erat, ut satisfaceret illi necessitati, cui tu providere unice desiderabas. Celsus tamen mutuum existere apertissime denegat. - Resp: Ratio videtur in specie singularis adesse, quae explicet jurisconsulti responsum. Per delegationem debitoris quando fit (fieri enim posse apud omnes prudentes constabat) mutui contractus, ficta traditio brevi manu, res expeditur. Etenim in mutui datione oportet dominum esse dantem, *l. 2. § 4. de R. C.* Quando igitur, debitore ei cui delegatus est solvente, mutuum contrahitur; non ille, qui debitorem delegavit, mutuum dare videri potest sine fictione, quoniam revera non ipse solvit. Fingendum est, debitorem prius ipsi solvisse veteri creditori, deinde ab hoc processisse pecuniam in mutuo accipientem. Verum fictiones juris civilis non ad commenta sunt, atque ad absurda propellendae. In casu autem Celsi debitorem meum, a te aditum, dedisse mihi, porro me tibi, absurde fingeretur, quoniam tu de me omnino non cogitabas. Error tanti erat momenti, ut nemo restaret, quocum contraxeris. Non Titius, qui prorsus abfuit, quoniam non debitor ejus fuit aditus: non ego, qui abfui etiam, etsi debitor meus intervenerit; hujus enim actus ad me transferri non potuit, necessaria quae esset, abrupta per errorem, atque absurda reddita, fictione. Omnia

haec paucis illis colligit Juventius Celsus « siquidem nullum negotium mecum contraxisti » (*h*).

De errore loquuti sumus tantum quoad quaestionem, de validitate conventionum. Aliae sunt plures erroris contemplationes. Memorabo solum id, quod ad indagines nostras facere potest; errorem aliquando allegari ad obtinendam in integrum restitutionem. Errorem enim inter causas in integrum restitutionum adnumerari debere, docet aperte Paulus *l. 2. de in int. rest.*, qui locus erutus est ex *sent. I. 7. 2.* Putant aliqui, hanc in integrum restitutionem dari adversus universos contractus, qui ex falsa causa componantur. Jure meritoque ab aliis reprobati; quia universa incommoda renovarentur, quae falsam causam non nocere debere suaserunt. Exempla, quae de in integrum restitutione ex ca-

(*h*) Dat Iurisconsultus actionem mihi aliquam qua pecuniam ex te recipiam; perquam enim esset iniquum, eam a te nemini reddi, meque fraudari, qui debitorem amisi. Diu laboratum de nomine hujus actionis. Non ea quidem vindicatio esse potest, quia dominium nummorum fuit in accipientem translatum, arg. *l. 36. de a. r. d.* Veteres Interpretes dicebant negotiorum gestorum; recentes nominare solent *juventianam*, novam, ex nomine auctoris fragmenti. Savigny redigit ad condictionem ob causam datorum. Melius fortasse Cujacius ad condictionem sine causa, quae generaliter competit, quoties pecunia sine ullo justo titulo translata sit. Favent verba Celsi « quia pecunia mea, quae ad te pervenit, eam mihi a te « reddi bonum, et aequum est »; ratio enim haec est illius generalis condictionis.

pite erroris habemus in jure nostro, saepius spectant ad omissas per errorem formas judicialis processus, unde amissa lis fuerit: consul. *l. 7. pr. de in integr. restitut.* Mox videbimus de in integrum restitutione, quae datur occasione contractuum, quando errori causam dederit dolus. Ex capite enim doli, atque ex capite metus, largius in integrum restitutio conceditur.

§ 8. *Dolus.*

Actum omnem, qui veritati atque justitiae adversetur, doli nomen generale complectitur; atque hoc significatu accipiemus illud, quando tractabimus de fide obligationibus susceptis voluntario non praestita (§ 27). Dolum hic dicimus eum qui ad decipiendum aliquem, unde alius lucretur, dirigitur. Qua significatione *bonum* dicebant veteres, si ad honestum licitumve finem artificium adhiberetur, *malum* vero quo fraus legibus vetita contineretur. De dolo malo nostra tractatio est (*a*). - Dolus errorem generat, quo tenetur is, qui deceptus contrahit. Quare si error substantialis sit, qualem superius descripsimus, ex ipso erroris capite vi-

(*a*) Desuetam doli in bonam partem esse acceptionem, testatur Festus *v. doli.*

tiatur contractus; neque ulla opus fuisset peculiari juris dispositione de dolo. At doli odio factum est, ut etiam si error non substantialis resultaret, tamen saepe contractum corrumperet. Memoremus processum, per quem romani sunt denique assequuti, ut dolus semper, diverse prae varia gravitate, corrigeretur.

In bonae fidei negotiis dolum semper fuisse correctum arbitramur; adeo id et naturae, et nomini quoque negotiorum hujusmodi, conveniens est. Nimirum si bonae fidei contractus dolo affectus appareret, et nondum esset ad executionem perductus, semper exceptionem contra eum, qui ex eo ageret competiisse, Paulus *fragm. vatic. § 94.*, atque alii jurisconsulti in Pandectis significant; asserentes, exceptionem de dolo contineri, inesse bonae fidei judiciis. Quod si b. f. contractus dolo vitiatus impletus jam esset, damnumque ex eo jam contigisset, actio ipsius b. f. contractus data semper fuit ad hoc, ut emendaretur, *l. 9. pr. de dolo malo*, etc. (*b*). Constitit hic vetustas, non plenam certe afferens dolo medelam. Nam primo quidem non is ipse, quocum contrahimus, dolosus est

(*b*) Quando legis actiones vigebant, cum neque exceptiones essent in usu, *Gaj. IV. 108.*, adhibitam fuisse sponsionem, cujus tam frequens apud romanos exercitium erat, indicat Plautus: scilicet reus actorem ita provocabat, ut, si constaret de dolo, certam quantitatem solveret.

aliquando; sed tertiae personae fraude fit, ut errantes cum alio negotium administremus. Quo quidem casu, licet b. f. negotium esset, non ea exceptio eaque actio, quae inter solos contrahentes obtinere possunt, exerceri poterant adversus dolosum; quamquam saepe contra ipsum omnino, ad hoc ut decepto subveniamus, recurrendum sit, uti infra demonstrabitur. Praeterea negotiis omnibus, quae bonae fidei non essent, non providebatur. Utique contrahentes solebant negotiis hujusmodi addere cautiones, dolum malum abesse, abfuturum; actione ex stipulatu in doli eventum comparata. At si eas forte omisissent, nulla deceptis medela erat. Cadente Republica, praetor plenum introduxit remedium. Contra dolosos agentes peculiarem *exceptionem doli* dedit, quae usum haberet etiam adversus actiones ex negotio stricti juris promotas; facta nimirum expressa in formula adjectione. « Si « in ea re nihil dolo malo Auli Agerii (actoris) « factum sit, neque fiat » *Gaj. IV. 119.* Simul proposuit edicto, cujus verba refert Ulpianus *l. 1. § 1. de dolo*, *actionem doli*, adversus dolosos, quotiescumque opus esset, recte promovendam. Quae quidem doli actio, quum, uti videbimus, in integrum restitutio sit, ac praeterea infamiam inurat, mere in subsidium datur, aliis omnibus actionibus et remediis deficientibus, *d. l. 1. § 1.*,

maxime his, quae huc usque enunciavimus. Non doli actioni locus est, si ex facti circumstantiis doli exceptio, non infamans, possit adhiberi, *l. ult. eod. tit.*: non si contractus bonae fidei sit, atque ipse contrahens adversus quem paratae sunt contractus actiones, admiserit dolum, *l. 7. § 3. eod. tit.*

Unde patet duas tantum esse dandae actionis doli hypotheses. Prima: adversus decipientem, quocum negotium non bonae fidei gessimus, et gestum implevimus adeo, ut exceptione uti amplius nequeamus (*c*). Secunda: aliquando adversus decipientem, cum quo tamen ipso haud contraximus. – Inquam, aliquando: nam in hac altera hypothese occurrunt interdum alia adversus alios remedia, excludentia doli subsidiariam actionem. Pone, extranei dolum ita in contractu nostro intervenisse, ut non contractum ipsum determinaverit, sed vitiet tantum executionem ejus: veluti si extraneus nobis, qui de re et pretio conveneramus sine errore, falsas praestiterit mensuras, quibus in exequendo contractu error damnumque evenerit. Tunc opus non esse actione doli contra decipientem, in *l. 18. § 3. de dolo* Paulus firmat adversus Trebatium. Cum enim contractui executio non respondeat, quisque autem contrahens ad meliorem promissorum, quibus vel

(*c*) Semper quando desint alia efficacia remedia, *l. 5.*, *l. 6. de dolo.*

imprudens defecit, executionem praestandam, contractus ipsius actionibus teneatur; tum in praesto sunt emti aut venditi adversus alium contrahentem exercenda judicia: imo etiam indebiti condictio si quid nimium esset solutum, puta quia majora aequis pondera fuerunt. - Sed si dolus extranei causa fuerit, qua ad ita contrahendum determinati simus, tunc, indicante Ulpiano *l. 7. pr. eod. tit.*, non alius contrahens directe obligatur, qui, dolo et ipse deceptus, contractum, uti gestus fuit, implevit, aut est ad implendum paratus, neque errorem in causa, ex generali regula non consideratum, emendare tenetur. Necessaria hinc est actionis doli adversus decipientem adhibitio. Species est in *d. l. 18. § 3. fi. de dolo* ponderum iniquorum, a tertia persona non perfecto jam negotio datorum, sed antea objectorum ita contrahentibus, ut hi, de bonitate persuasi, de illis ponderibus adhibendis legem contractui dixerint. Error generatus est non in executione, sed in causa conventionis: non contrahens insons, qui legi contractus obediat, atque illa pondera adhibeat, recta tenetur; neque adversus legem contractus possunt actiones contractus ipsius converti. Paulus Trebatio assentitur; praebet doli actionem contra decipientem (*d*).

(*d*) Majori id ratione servabitur, si stricti juris negotium sit: quo punctim, uti gestum fuerat, executioni dato, ne actio ex contractu detur, stricta etiam obstat natura; exemplum in *l. 2. de proxenet.*

His ita de historia deque indole actionis doli expositis obstaculum facere videtur locus Ciceronis notissimus *de offic. III. 14.* Narrat Tullius noster, Pythium argentarium siracusanum, simulata per fraudem piscationis copia in hortulis suis, eo C. Canium eq. rom. adduxisse, ut eos tanti, quanti ipse voluit, emeret. Detecta fraude, stomachatum Canium. « Sed quid faceret? nondum enim Aquilius « collega et familiaris meus, protulerat de dolo « malo formulas» (*e*). Nullam decepto paratam fuisse medelam. At nonne de emtione venditione, b. f. negotio, agebatur, cui jam ante doli actionem invectam succursum fuisse diximus actione contractus ipsius? ad quam imo ne introductam quidem subsidiariam illam actionem pertinere demonstravimus? Duae sunt, quae difficultatem resolvunt, voculae Ciceronis ipsius, qui, conclusam fuisse emtionem illam ac venditionem exponens, subjicit « nomina facit ». Scilicet in literarum obligationem fuit emtio venditio transfusa. Etenim, quod Theophilus indicaverat, docuit apertissime Gajus *comm. III. 128. seqq.*, veram obligationum, quae literis contrahuntur, naturam constare nominibus transcriptitiis, sive a per-

(*e*) C. Aquilius Gallus, Ciceroni aequalis, fuisse videtur, qui doli actionem introduxit; Cicer. *de nat. deor. III. 30.* « everriculum malitiarum « omnium, judicium de dolo malo, quod C. Aquilius, familiaris noster, pro« tulit ».

sona in personam, sive (quo spectat Tullius) a re in personam. Nimirum, expedita re ad similitudinem novationis, natam jam ex contractu venditionis obligationem Pythius, assentiente Canio, retulit quasi expensum in libris suis, nempe quasi mutuo datum. Per hanc transcriptionem, consumpto b. f. negotio, in literarum obligationem, quae stricti juris est, res fuerat translata. Non mira hinc, sed expositioni nostrae consona apprime est illa Ciceronis conclusio.

Vidimus quae sint, usitata magis, adversus dolum remedia; actio ex contractu, exceptio doli, actio doli: nunc de vi horum atque efficacia investigare debemus. Quaeritur namque, tantane ea sit, ut contractum omnino resolvant, an ut solam ejus quod interest praestationem inducant, minuantve debitas ex contractu praestationes. Distinguendum est primo loco, utrum aliquod, e supra descriptis, remedium adversus contrahentem, an adversus tertium dolosum in superius exposito casu, exerceatur. Si tertium persequamur, tunc mera induci potest indemnitatis praestatio; nam ad resolvendum contractum eum tantum habemus contradictorem legitimum, cum quo contractum ipsum perfecimus.

Quod si adversus contrahentem experiamur, distinguendum est, utrum b. f. contractus fuerit cum eo gestus, an non b. f. - Quoad b. f. negotia,

in quibus adversus contrahentem actione contractus, vel exceptione eidem insita, corrigitur dolus; bene a Doctoribus dolus *causam dans*, nempe ad contrahendum determinans, et dolus *incidens*, nempe in personam cadens, jam ad contrahendum dispositam, solet distingui. - Ob dolum causam dantem, nimiae gravitatis causa, contractus dejicitur, *l. 7. pr. de dolo.* Imo non desunt, qui resolvendo contractui actione, uti ajunt, resolutoria opus non esse credant, esse ipso jure nullum negotium. At melior videtur aliorum opinio, necessitatem rescindendi asseverantium. Movet quod in tali dolo obtineat error in causa, per quem ipso jure nullum fieri negotium temere diceretur. Movet quod is, cujus dolus est, stare in contractu debeat, siquidem malit ita deceptus, *l. 13. § 27. 28. de act. emti*; id autem in contractu ipso jure nullo non concipitur. Denique movet locus Ciceronis expositus: ubi emtio venditio, dolo hujusmodi affecta, in literarum obligationem valide transfusa significatur; quod rursus absonum foret, si nulla emtio venditio ipso jure fuisset (*f*). - Dolus incidens, gravitate minor, contractum b. f. non vitiat, atque remedium ex eo competens manet in solutione ejus quod interest, aut

(*f*) Add. *l. 19. de novat.* - Sicubi contractus dicitur nullus, de effectibus accipiendum est. De *l. 3. § 3. pro socio* vid. Maynz *Cours de droit romain II. § 287. not. 40.*

in minutione debitarum praestationum, *d. l. 7. pr. de dolo, l. 13. § 4. de act. emti,* etc.

Quoàd negotia stricti juris, in quibus actione vel exceptione doli fraudi occurritur, semper ad rei gestae rescissionem agi, nonnullorum sententia est. Cujus parum idonea ratio esse videtur. Dictum enim est in superiori de b. f. negotiis tractatione, posse actionem doli ad solam indemnitatem dirigi: puta si contra tertium dolosum, quocum contractus non est habitus, agatur. Cur idem de actione doli, ex negotio stricti juris exercenda, dici nequeat, non videmus. Itaque meliori calculo alii recolunt distinctionem, ut si dolus dans causam fuerit, sit rescindendum negotium, si fuerit incidens, sola locum habeat solutio ejus quod interest, vel minutio praestationum. *L. 18. pr. de dolo,* ubi Paulus de plena restitutione loquitur, neque abscisse de negotiis stricti juris concepta est, neque doli naturam et gravitatem, de qua tractet, exprimit. Intelligenda est de dolo causam dante cuilibet negotio.

Non a tractatione doli prius discedere possumus, quam subtilem indicaverimus circa actionem doli disputationem; quae etiam eo proderit, ut aliud, praeter indicata superius, dari aliquando remedium cognoscamus, doli penitus corrigendi causa. Scilicet disceptatur, an actio doli, quando ad ne-

gotium omnino dejiciendum dirigitur, sit adamussim illa in integrum restitutio, quam doli causa dari firmant Ulp. *l. 1. de in int. restit.*, Paul. *sent. I. 7. 2.* Passim affirmabant vetustiores, atque e neotericis idem Puchta, ac fere, si non penitus, Burchardi defendunt. Sed oppido quam differunt alii. Taceo de his, qui adeo negant, ut nullam ex capite doli in integrum restitutionem, quae valeat, agnoscant; hi enim locis Ulpiani et Pauli excluduntur. Agnoscunt aliqui in integrum restitutionem talem, eam tamen in actione doli non inveniunt. Eminet hos inter Savigny; inductam primitus doli corrigendi causa in integrum restitutionem fuisse; deinde, uti fit ab extraordinariis ad ordinaria ampliari progressum, ordinarium inventum esse remedium, actionem exceptionemque doli mali; differre igitur actionem ab in integrum restitutione; imo per introductam actionem atque exceptionem factum esse, ut perrarus in integrum restitutionis usus evaserit. - Veteribus, et Puchta, accedimus. Favet enim eis primo loco Pandectarum ordo; in quo, cum liber quartus sit de in integrum restitutionibus, titulus libri ipsius tertius, inscriptus *de dolo malo*, fere omnino in doli actione exponenda versatur: perperam enimvero, si non ipsa doli actio ad in integrum restitutiones pertineret. Favet autem maxime *l. 1. § 1. de dolo*

malo, quae paulo pleniorem explicationem desiderat. Praeponendum est, in integrum restitutiones locum habere, quando aequitas afferendam summo juri medelam desideravit; attamen non idcirco introducta fuit actio ordinaria, per quam notio universa ad pedaneum judicem remitteretur (*g*); sed praetor sibi reservavit cognitionem, qua habita, jus stricte constitutum dissolveretur. Itaque in integrum restitutiones praetoriam cognitionem semper inducunt: unde is, qui in integrum restitutionem petit, cognitionem postulare, impetrare dicitur, *l. 3. § 9. de minor.* etc. At non semper sola praetoris cognitione, universa expeditur in integrum restitutio. - Simplex quidem cognitio sufficit aliquando, quae in integrum restitutionem facit atque exequitur: idque interdum contingit in restitutione minorum. Si minor rem suam vilius aequo vendidisset, aut alienam nimio, quam par erat, pretio comparasset; cognita re a praetore, res penitus absolvitur, cogitur enim alius reddere rem vel pecuniam, nihil agendum superest. Idque illud Juliani significat *l. 39. pr. de eviction.* « fundum « praetoria cognitione ablatum » - At aliquando praeter cognitionem praetoris atque decretum, quod

(*g*) Aliquando per actiones ordinarias aequitati consulitur; cujusmodi sunt condictiones indebiti, ob causam datorum, etc.

de in integrum restitutione pronuntiet, opus est alia lite, apud pedaneum judicem per ordinariam actionem agitanda, qua demum plena laeso satisfactio obveniat. Saepe id in ea in integrum restitutione obtinet, quae absentiae causa datur. Amissa per praescriptionem ab absente actione, ex justa causa ipse restituitur: at praetor, admissa per cognitionem suam in integrum restitutione, nihil aliud praestat, quam ut impedimentum auferat actioni, quae praescriptionem passa fuerat. Hac experiendum est adhuc, ut ad reales effectus restitutio perducatur (*h*). - Comparemus jam haec dictae *leg. 1. § 1. de dolo.* Promisit praetor, se judicium daturum, scilicet actionem doli « si justa causa esse videbi- « tur »; inseruit cognitionem suam. Ergo in integrum restitutio est, quae ex cognitione praetoria characterem sumit. Nimirum in integrum restitutio est secundae, quam descripsimus, classis; non per solam cognitionem, sed per aliam actionem ordinariam absolvenda. Cognoscit praetor, digna necne res sit, ut actio doli detur, denegaturus si sit infra duos aureos summa; cognoscit an tales sint personae, quas inter de dolo agi queat, recusaturus si liberi aut liberti adversus parentes patronos-

(*h*) Cognitionem quidem praetoriam vocant *judicium rescindens*, litem autem sequentem *judicium rescissorium*.

ve suos agere velint. Hac exacta cognitione, quam describit Ulp. *l. 9. § ult., et ll. seqq. de dolo*, dat praetor de dolo actionem, apud judicem pedaneum exercendam, qua denique satisfiat laeso (*i*).

Quae quidem ideo disputavimus, ut doli actionem in integrum restitutionem esse demonstraremus; non autem ut ex capite doli in integrum restitutionem nullam aliam esse, praeter actionem eamdem, concluderemus. Etenim nobis etiam ea sententia est, ut alia sint talis in integrum restitutionis genera. Casus sunt Juliani *l. 3. § 1. de eo per quem fact. erit*, et *l. 18. de interrogat. in jure faciend.* Promota erat sive parata actio: fuit qui dolo reum impedivit, quominus in jure sisteret. Damna hinc actori contingere potuerunt, ex. gr. quod actio praescriptionem, aut res usucapionem pateretur. Praetor adversus impedientem illum proposuit Edicto actionem in factum ad indemnitatem praestandam: qua fit, ut ad subsidiariam doli actionem deveniendum non sit. Verum si is

(*i*) Subtilius disputando dici debet, non hic simplicem restitutionis executionem, sed partem ipsius apud judicem pedaneum perfici: actio enim doli non est simplex judicium rescissorium, sed ad judicium rescindens pertinet. Acute Puchta judicium rescindens aliquando distributum esse ait praetorem inter ac judicem. Id in casu actionis doli dici potest, uti et in casu actionis quod metus causa, de qua infra dicemus.

non solvendo esse inveniatur; restituendus est actor adversus reum conventum, quamvis insontem, qui damno ipsius actoris commodum et lucrum captaret. Est certe in integrum restitutio ex dolo, at non per actionem doli, *d. l. 3. § 1.* - Quidam cum agere adversus alium, uti debitoris heredem, institueret; at, solusne an ex parte esset heres, dubitaret; ne forte plus peteret, juste eum interrogavit, qua ex parte heres esset. Interrogatus per mendacium sese ex asse heredem affirmavit. Statutum est, mendacem in casu damnationis totam summam actori solvere debere, ut indemnem hunc faciat. Non opus est actione ulla speciali; multo minus actione doli. At rursus si is solvendo non sit; ne injuste damno actor afficiatur, quod agere adversus alios heredes non potuerit, neve hi jactura ejus locupletentur, actio contra istos restituitur. Alia est in integrum restitutio ex capite doli, quae non per actionem doli expeditur, *d. l. 18.* - Imo etiam in casibus superius expositis, quibus actio doli contra dolosum tertium, quocum non sit habitus contractus, exerceatur; si hic non solvendo extiterit, in integrum restitutionem adversus contrahentem, licet innocentem, converti posse arbitramur, ne lucretur aliena jactura. Restitutio adhuc est ex capite doli, non autem actio de dolo.

Concludo, duo capita esse in integrum restitutionis ex dolo. Primum est in actione doli; idque contra dolosos obtinet, infamiam irrogat, adeoque datur quando desint ordinaria remedia: cognitio praetoris non simplex est, sed additum habet ordinarium judicium. Aliud subsidiarium magis, quod tunc, quando primum deficit, locum habet; adversus insontes competit, neque affert infamiam; per solam praetoris cognitionem absolvitur. Neque absonum debet videri; quod doli actioni subsidiariae aliud subsidiarium magis remedium subjiciatur. Ecce etiam in *l. 5. § 2. de praescr. verb.*, juncta omnino *l. 7. § 2. de pactis*, casus proponitur quo ex Juliani sententia actio in factum a praetore danda esset, si nequeat doli actio exerceri (§ 4. not. c). Inconveniens non est, post remedium aliquod subsidiarium aliud adhuc laesis hominibus superesse praesidium extremum (*k*).

(*k*) Non obstat *l. 1. § 6. de dolo*, ubi in integrum restitutiones ante actionem doli dandas esse tradit Ulpianus: intellige de aliis in integrum restitutionibus, quae relate ad actionem doli subsidiariae non sunt, puta quae dantur ex capite aetatis. Atque ita explanatur *l. 38. eod. tit.*, qua turbatur Savigny *Syst. VII. § 332.*

Caeterum, prae benignitate secundi capitis in integrum restitutionis, atque asperitate actionis doli, aliquando « boni praetoris est » subvertere ordinem, atque huic illud praeponere. Id in dolis, qui circa judiciales processus contingerent, magna aequitate sua praetor faciebat, *l. 7. § 1. de in integr. rest.*, add. Savigny *loc. cit.*; et simile quid aequitas Hadriani

§ 9. *Vis, metus.*

Vis proprie dicta, nempe physica, quae spontaneae actionis ipsam notionem corrumpit, nullum procul dubio facit contractum. At metus qui minus liberam reddit, sed spontaneam, uti ajunt, relinquit actionem, non nullum efficit contractum, uti nec alia, quae, eo impellente, gerantur, « quia quam« vis, si liberum esset, noluissem, tamen coactus « volui » *l. 21. § 5. quod metus causa.* Verum si injustus fuerit metus, si gravis adeo, ut hominem non vanum ad conveniendum adducere potuerit; ei succurrendum est, qui fuit talem perpessus. Si b. f. negotium esset; proderat actio ex ipso contractu, aut insita huic exceptio, quae ad medelam pares erant. Sed, uti in dolo, ita et in metu, remedia hujusmodi non sufficiebant, tum si adversus tertias personas coactus restitui deberet, tum si non in b. f. negotium metus incidisset. Hinc praetor exceptionem singularem introduxit *quod metus causa;* item actionem *quod metus causa,* cujus auctorem primum Octavium praetorem fuisse,

praestitit *l. 33. de re judic.* Idem statutum est a Diocletiano et Maximiano, quando in integrum restitutio peteretur adversus transactionem, nudo pacto conventam, Aquiliana stipulatione atque acceptilatione destitutam, *Consult. IX. 9.*

tradit Cicero *in Verr. II. 3, 5.*, formulam Octavianam appellans. Prouti ad executionem negotium perductum non fuerit, aut fuerit; exceptio vel actio adhibetur, usu plane simili exceptioni vel actioni doli mali. Disputant, an actio atque exceptio quod metus causa, introductae semel, etiam bonae fidei negotiis applicentur; atque affirmantibus accederem, quia habent illae utilitatem singularem.

Primo enim sunt in rem scriptae (*a*). Scilicet ea exceptio opponi , eaque actio exerceri potest etiam adversus alios, qui non intulissent metum : puta adversus eum , qui bona fide rem metu extortam acquisivisset, actio quod metus causa promovetur, *l. 9. § ult. quod met. caus.*, *l. 4. § 33. de doli mali et met. exc.* Diverse exceptio atque actio doli mali sese habent, quae nonnisi adversus fraudatores ipsos possunt exerceri. - Adeo immodicum id visum est quibusdam, ut contra patulos textus amplitudinem hanc actionis, et exceptionis quod metus causa, minuere conentur. Quae tamen suis rationibus non caret. Optime enim Ulpianus *l. 14. § 3, quod metus causa* ait « cum metus « habeat in se ignorantiam, merito quis non ad-

(*a*) In rem scriptae actiones adversus quemlibet possessorem alicujus rei instituuntur; at sunt de sui natura personales. Rem notam memoravi, ne quae confusio in sequenti tractatione generetur.

« stringitur, ut designet quis ei metum vel vim « adhibuit » ; dolus namque specie legitima, atque amici vultu inducto, struitur ; quique passus sit eum, bene fraudatorem agnoscit, a quo fuit ludificatus. Metus, qui aperte leges oppugnat, in obscuro irrogatur, velata fere aut vere facie; hinc a coacto, qui mente sensibusque perturbatus erat, personae designatio perperam expectaretur. - Uberior praeterea actione doli est actio quod metus causa, quatenus hac restitutionem, rescisso negotio, petimus. Metus enim non alius, quam *causam dans* concipi potest: et male Scriptores aliqui, a gravioribus idcirco reprehensi, metum aliquem *incidentem* comminiscuntur. Certe si rei per metum ereptae restitutio a reo convento non fiat, tunc e solita judiciorum romanorum regula condemnatio de pecunia concipitur, *Gaj. IV. 48.* Ob rei gravitatem condemnatio ad quadruplum producitur, *d. l. 14. § 1.*

Renovatur in actione quod metus causa disputatio, an ad eam spectet in integrum restitutio, quam ex metu dari tradunt Ulp. *l. 1. de integr. rest.,* Paul. *sent. 1. 7. 2.* In Scriptorum contradictione simili, etiam hic affirmantibus calculum nostrum adjicimus. Aliam esse credimus ex illis in integrum restitutionibus, quae non apud praetorem penitus absolvuntur, sed perficiuntur actione

ordinaria, data a pronuntiante praetore, apud judicem exercenda. Probat id itidem ordo Digestorum; est enim titulus *quod metus causa gestum erit* secundus in tractatione de in integrum restitutionibus; isque de actione quod metus causa fere integer conscriptus est. Probat idem ille textus Ulpiani *l. 9. § 3. 4. 6. quod met. causa*, quo ad contrariam sententiam defendendam utitur Savigny. In *§ 3.* de actione, deque exceptione quod metus causa, coactis praebenda loquutus Ulpianus, addit in *§ 4.* et *§ 6.* in rem actionem, vindicationem. Ecce, ajunt ex adverso, ab actione quod metus causa separat distincta tractatione Ulpianus in integrum restitutionem, quoniam in rem actio est ad amussim in integrum restitutio; cujus effectus est, ut, rescissa ea, quae per metum facta fuerat, traditione, res vindicari queat. – Mitto observare, quam inconcinne in integrum restitutio ab Ulpiano per effectus ultimos exprimeretur. Quod maximum est; Ulpianus ipse in *§ 3.* indiscriminatim actionem quod metus causa, atque in integrum restitutionem nominat. Quando autem in *§ 4. et 6.* in rem actionem memorat, non de ea loquitur, quasi edicto praetoris circa in integrum restitutiones proposita; sed a jurisprudentia superadditam illam fuisse significat, posteaquam praetor edicto suo

in integrum restitutionem ex capite metus induxisset, quasi additamentum operae praetoriae. Adeo haec in rem actio ab in integrum restitutione diversa est. Clara jurisconsulti verba in *§ 6.* « li- « cet tamen in rem actionem dandam *existime-* « *mus*, etc. » Jurisconsultos existimare dandam esse actionem, quae ipsa in integrum restitutio esset a praetore promissa, perperam dixisset Ulpianus: patente enim edicto, nihil erat existimandum. Concinunt verba Gordiani *l. 3. C. de his quae vi metusve causa.* « *Placuit* in rem *quoque* dari actio- « nem secundum formam perpetui edicti. » Solita est vox illa « placuit », quae exprimit responsa prudentum. Nempe non raro, quando de jure ordinario persecutio personalis ad repetendum quod amisimus danda esset: si recipiendi causa justissima sit, ac multa facilitas, res certo futura aliquatenus pro facta habetur, et datur vindicatio. Exempla in *l. 13. pr. de pign. act., l. 29. de mort. caus. donat., l. 1. C. de donat. quae sub modo.* Introducta fuerat a praetore in integrum restitutio ex capite metus, parata scil. erat actio quod metus causa; multae illa quidem aequitatis; praeterea valde expedita, quoniam adversus quoslibet possessores dabatur, et poena quadrupli temere litigantes, et non restituentes, compescebat. Utilem vin-

dicationem jurisprudentia adjecit, quasi edicti praetorii complementum. (*b*)

Verum neque hic asseveramus, actionem quod metus causa absolvere tractionem in integrum restitutionum ex capite metus ; credimus imo , alia fuisse harum restitutionum genera. Veluti quando adita metu, vel repudiata fuerit hereditas. Non per actionem quod metus causa, quae, licet in rem scripta sit, personalis tamen est de sui natura, sufficiens medela obtineretur; nimiae enim sunt juridicae relationes, quae erga plures personas per hereditariam successionem generantur, quam ut eas actione personali complecti possimus. Itaque data est etiam in integrum restitutio, non per actionem quod metus causa exercenda , sed absolvenda a praetore per simplicem suam cognitionem, *l. 21. § pen.*, et *ult. quod met. causa.* - Omnes autem in integrum restitutiones, sive quod per actionem quod metus causa , sive quod sola praetoris opera perficerentur , edictum complectebatur verbis illis, ab Ulp. relatis *l. 1. eod tit.* « Quod metus causa gestum erit , « ratum non habebo. »

(*b*) Puchta occurrit difficultati, quod in hac actione quod metus causa nullus cognitioni praetoris locus esse videatur. Dividit etiam hic judicium rescindens; vid. (§ 8. not. 1). Cognovisse praetorem de quaestionibus juris (ex. gr. an de injusto metu tractaretur), quaestionem autem facti judici permisisse.

§ 10. *Conventiones reprobatae ratione objecti.*

Praeter capacitatem contrahentium personarum earumque consensum, conventionum validitati idoneitas requiritur objecti, quod tale sit, ut in negotium deduci possit. - De caelo per digitum tangendo, aliisque ineptiis hujusmodi, contractus certe non valet. Non valet, si res hominum commerciis exempta inducatur, res divini juris, res publica, homo liber, *Gaj. III. 97., § 2. I. de inut. stipul.*

Item ut res quae mea est mihi detur, inutilis conventio est; hanc enim ipsa dominii amplitudo excludit, tantam juris plenitudinem continens, ut nihil quod adjici possit supersit; neque quod nostrum est amplius nostrum fieri potest. - Excipe, nisi re mea excerptus usus aut possessio fuisset, de quibus jam, ut ad me redeant, utiliter convenire possum. Item quominus sub conditione, si mea esse desinet, rem meam stipuler, nulla ratio refragatur: videbimus imo de conditionibus tractantes (§ 14), rem meam, ut ea mihi detur in quemlibet conditionalem contractum induci posse, veluti: Si navis ex Asia venerit, quoniam res interea dominium meum forsan egrediens utilem facere conventionem potest.

Quemadmodum de re ad creditorem jam pertinente, in eumdem transferenda, reprobata in genere conventio est; ita vicissim improbatur negotium quo debitor ad rem non suam, invito domino transferendam, sese obligaverit; cum nemo daro id, quod non habet, possit. - Explicandum hic est celebre illud romani juris principium, rei alienae emtionem venditionem valere, *l. 28. de contrah. emt.*, et passim. Non defuere qui principium tale de inhonestate notarent; quasi haec, ut invitis dominis res eriperentur, sententia fuisset romanorum. Quae quidem perversa intelligentia adeo apud gallum legislatorem valuit, ut expresso *art. 1599.* venditionum rei alienae sanciendam duxerit nullitatem. - Non bene, neque strenue, principium romanum defendunt hi, qui, quasi excusantes, nullam saltim de jure romano rei alienae emtionem fuisse autumant, si emtor alienam illam scivisset, a fortiori si novisset uterque, tum emtor tum venditor. Hisce enim asserendis non modo textus silentium deterrere debuisset eos; verum etiam consideratio legatorum rei alienae, quae in jure nostro tunc maxime valent, quando statum rei sciverit testator, quando autem is ignoraverit, ordinario non substinentur, *l. 10. C. de legatis.*

Neque melior communis defensio est: Valere emtionem venditionem alienae rei ex eo, quod ven-

ditor non ad dandum seu dominium transferendum, sed ad tradendum, usumque et possessionem, ut habere emtori liceat, tribuendam, teneatur dumtaxat, *l. 1. pr. de rer. permutat.* etc. - Etenim nisi a turpitudinis nota principium vindicemus funditus, nihil umquam proficiemus; neque si dominium invito domino eripere inhonestum est, honestum dici potest eripere usum aut possessionem. Obstant praeterea explicationi communi exempla alia non pauca actuum de re aliena conceptorum, valentium tamen, licet transferendo dominio de sui natura dirigantur. Legatorum rei alienae praeclarum exemplum est. Aliud in pignoris contractu, qui, re aliena inducta, valet, *l. 9. § 4. de pign. act.;* at, si non continuo dominium transfert, tribuit utique creditori vendendi olim, ac proprietatis transmittendae potestatem. Denique stipulationes de dando conceptas transferendis dominiis comparatas esse, nemini latet; et tamen stipulationes eas de rebus alienis valere, textus est *l. 15. ff. de usurp. et usuc.*

Melius ita principium nostrum defendas. Quando legibus moribusque conveniens prostat interpretatio negotii, non est quod inhonestam anquiramus, ac turpem. Promisit debitor, futurum, ut res, quae aliena est, perveniat ad creditorem. Scilicet probe; quod ipse redimere ex domino, et redemtam prae-

stare teneatur. Hic igitur erit susceptae obligationis effectus, ut aut redimat debitor ac praestet, aut de eo quod interest teneatur creditori suo ex capite non impletae obligationis. Nihil quod legibus, nihil quod honestati repugnet. Similem legatorum rei alienae exitum esse, tralatitii juris est.

Restat explicandum quod ex *l. 1. pr. de rer. permut.* venditor non ad dandum sed ad usum ac possessionem praebendam teneri dicitur, neque explicationi nostrae congruere prima facie videtur. Scilicet quod dicunt, id agi in emtione venditione, id ad contractus hujus characterem pertinere, ut tradatur tantum res, non detur, omnino falsum esse reor. Novi, nonnullos, et gravis quidem notae, Scriptores, de tradendo solum in emtione venditione agi asserentes, eo uti argumento, quod essent peregrini dominii romani incapaces, aperiendae tamen et ipsis emtiones venditiones forent; hinc placuisse, ne quid in contractus tales praeter usum possessionemque deduceretur, quo emendo vendendoque peregrini etiam facti sint pares. Obstat, quod nisi quiritarium, at utique juris gentium dominium esset commune peregrinis, de quo saltim emtio ac venditio ipsis communicari potuisset. Obstat, incredibile esse, peregrinorum gratia, de quibus peculiare jus statui potuisset, suas etiam emtiones coercere et comminuere ita voluisse romanos. Ob-

stat, regulam *d. leg. 1. pr. de rer. permut.* jure etiam justinianeo vigere, quando, Caracalla prius, inde Justiniano constituentibus, distinctio inter cives, latinos, peregrinos sublata, quiritarii denique ac juris gentium dominii divisio explosa fuerat. - Quid quod, agi emendo ac vendendo non de possessione usuque rerum, at de dominio, textus apertissimi evincunt? Ait Africanus *l. 30. § 1. de act. emti*, venditorem, qui ignoranti sciens rem alienam vendidisset, statim actione ex emto teneri in id, quanti emtoris intersit, ejus esse factam. Si contrahendo actum fuisset de usu deque possessione tantum, nulla agendi adversus scientem ratio fuisset, quousque uti ac possidere liceret. Labeo *l. 80. § 3. de contrah. emtione* nullam venditionem affirmat, si id actum fuerit, ne dominium ad emtorem transeat: quo nihil apertius esse, ac dici potest (*a*). - Ecquae restat jam sedes praedictae regulae *leg. 1. pr. de rer. perm.*? Referendam eam esse solum ad tempus, quo is, cui res aliena promissa ac sine justa redemtione tradita fuerit, agere de eo quod interest contra venditorem possit; ipsa textus illius, aliorumque similium lectio suadet. Scilicet cogitatum est, finem emtionibus ineundis alium proximum esse, alium remotum atque ulti-

(*a*) Facit et tit. Cod. IV. 51. « de rebus alienis non alienandis, etc. »

mum. Proximum, unde formam accipit contractus, esse in acquirendo dominio: at ultimum, cujus causa denique homines negotiantur, esse in rerum assequendis utilitatibus. Quod finis emendi proximus sit dominium; haud ab hoc expressa conventione recedi posse salvo contractu, statutum est, *d. l. 80. § 3.* Quod finis ultimus sit usus et possessio; emtorem quiescere debere placuit, et abstinere litibus, quamdiu ei habere liceret, tunc tandem acturum de evictione, quando res a domino vindicata fuerit: excepto casu decipientis per dolum venditoris, ubi ex capite doli data illico ex emto actio est, *d. l. 30. § 1.* - Sic, ut exemplo rem declarem, est in nuptiis finis proximus conjungendi virum ac mulierem corporali etiam unione; est ultimus sociandi plene ac perfecte duas humanas personas. Conditiones expressas de vitanda prolis generatione excludit ratio proximi finis, *cap. ult. de condit. appos.* At conjugibus abstinentiam licere, impotentiam imo ipsam validitati matrimonii, si conjuges non obtestentur, haud officere, canonicae leges civilesque conveniunt; quum ultimus finis perfectae humanae societatis etiam sine corporum opera obtineri aliquando, melior etiam possit, ac purior. - Itaque *l. 1. de rer. perm.* excludit solum agentem ante passam evictionem emtorem. Idque eo facilius receptum est in tanta veterum usucapiendi tum bre-

vitate, tum facilitate. Inutiles pene querimonias agitare visus est emtor, qui aut anno aut biennio, mala fide quae supervenerit non impediente, dominium plenum esset assequuturus (*b*).

Ex his, quae diximus, patet, cur diverse de idoneo agendi tempore quoad pignus rei alienae receptum sit; admissus scilicet ad agendum pigneratitia contraria sit creditor etiam ante passam evictionem, *l. 9. pr. de pign. act.* Pignoribus enim accipiendis securitatis praesentis unico desiderio adducimur; quae securitas, data re aliena, vindicatione impendente, omnino non obtinetur.

§ 11. *Conventiones reprobatae ratione obiecti (Continuatio).*

Praeter eas, quas generalis aliqua e superius expositis ratio condemnat, aliae sunt neque paucae conventiones, quibus regulae juris nostri positivae obsistunt. Meum sermonem ad ea cohibebo, quae majorem desiderant expositionem. - Displicuit, tales adjici contractibus conventiones, quae for-

(*b*) Ea, quae disputavimus, firmantur tribus documentis gestarum emtionum, quae continentur in tabulis Transylvaniae (cons. Bruns *fontes juris rom. antiqui Tubing. 1871. pag. 137. seq.*): ibi illud « habere possi- « dereque recte liceat » continuo ad evictionis casum refertur. In tertio documento adjicitur « habere possidere *usuque capere* recte liceat. »

mam, negotio constitutam, a jure civili, subverterent. Facit huc maxime effatum illud Papiniani *l. 38. de pactis*, privatorum pactis jus publicum mutari non posse: cui concinit Ulp. *l. 45. § 1. de R. I.* Scilicet quando jus publicum, quasi *populicum*, dicimus; relationem juris ad populum significamus. Quod cum plures ac varias recipere possit significationes, apud Papinianum et Ulpianum exprimit regulas juris, quae ut observentur interest populi *(publica utilitas, publice interest)*. Sunt enim regularum juris genera duo: unum earum, quae, exclusis voluntatibus singulorum civium, necessario operantur prae directa, quam continent, Reipublicae utilitate *(publica causa, res publica)*: aliud illarum, quae locum voluntatibus relinquunt, ac nonnisi tacentibus hisce valent, utpote non directam utilitatem Reipublicae continentes sed ad id spectantes, quod *res familiaris, res privata, ad voluntatem spectans* dicitur. - Ita in contractibus. Quorum constituisse substantiam, atque extrema necessaria, publice interfuit; ne omnia negotia confusa, litesque infinitae resultarent. Salvo contractu, ea conveniendo mutari nequeunt: non, ut sine pretio venditio sit, salva venditione ipsa, conventio admittitur, *l. 38. de contrah. emt.* (§ 4); non in societate, ut unus tantum conferat, alius lucrum ex universo capiat, conveniri potest; *l. 5.*

§ 2. pro socio; non in deposito, ne intra certum tempus repetere deponenti liceat, *l. 1. § 45. 46. depos.* - At regulae adminicula contractuum respicientes, ex. gr. de culpae, deque casus praestationibus, quominus pacto mutentur, nihil vetat, *l. 27. de R. I.* (*a*).

Moribus etiam repugnare conventiones illas, juste creditum est, quae civium libertatem sine ulla utilitate limitarent. A majoribus nostris, apud quos tanti fuit personalis libertas, ut ne testamento quidem caveri posset in genere, honoratum alicubi morari debere, non minus administrandi patrimonii liberae facultati provisum est, ac vincula ejus inutilia damnata fuerunt (*b*). - Spectat ad hunc articulum nota controversia *leg. pen. de pactis* Pomponii cum *leg. ult. C. de pactis int. emtorem* Justiniani. Neminem paciscendo efficere posse, ne locum dedicare, ne in suo mortuum sepelire, ne vicino invito praedium alienare sibi liceat, Pomponius respondit. De hujusmodi conventionibus emtioni venditioni appositis dubitatum fuisse inter veteres, sibi tamen servandas esse videri, constituit Imperator. - Haec inter varias, quae propositae sunt, interpretationes melior mihi esse videtur. Certe si nulla ei, qui legem imposuit, re-

(*a*) De pactis circa praestationes doli vide (§ 27).

(*b*) V. (§ 16. not. b).

sultare possit utilitas, si fuisset *nudum praeceptum*, servari conventio non potest; quandoquidem nec testamento alienationes prohiberi queant, si ratione utilitatis careat prohibitio, Marcian. *l. 114. § 14 de l. 1.* At uti *ibid.* subjicit Marcianus, si quae utilitatis causa demonstretur, optime praeceptum valet. Potest autem etiam in contrahendo utilitas adesse, quae pactis illis curetur. Erant mihi duo fundi contermini; vendo unum viro bono, quem vicinum jam mihi futurum elegi. Jubeo, ne alienet, quia alienando facile incommodus vicinus, rivalis turbidus, subjiceretur: jubeo, ne cadavera inferat, quia molesta in locis religiosis hominum frequentia esse solet, tum familiarium propter officium supremum, tum pauperum rapiendi causa silicernii; nidor praeterea gravis epularum, aliorumque, quae in funeribus comburebantur. Conventiones valebunt, quibus justa causa non defuit. Cum vero singulares hae circumstantiae sint, quae pactorum validitatem aliquando suadeant, in genere nulla ipsorum utilitas esse soleat; tum generalis prodita est a Pomponio definitio, quae tamen contrarias non excluderet probationes. Lex Justiniani accipienda de casibus, quibus ejus intersit, qui legem eam dixit contractui; idque satis apparet ex *vers. forsitan enim, d. leg. ult.* Id tantum a Justiniano ex jure veteri immutatum fuisse videtur, quod, simplici uti-

litatis probabilitate *(forsitan)* satisfactus, Imperator, praesumi pro conventionis validitate voluerit. Et bona quidem ratione; non enim inutilia pacisci censendi sunt homines, et compescendae vinculis inanibus alienae voluntati stultam atque improbatam capere voluisse voluptatem.

Ad conventiones, quae matrimonia modo excludunt modo conciliant, spectant fragmenta non pauca, quae quidem probe intelligere non poterimus, nisi prius constituamus regulas. 1ª. Spectat ad publicam causam fieri matrimonia. De hoc apprime sollicita fuit l. Julia, quam utilem, et causa procreandae sobolis latam, dicit Terentius Clemens *l. 64. § 1. de cond. et dem.* - 2ª: Reip. interest, facta matrimonia servari: tolerata divortia, non fauta. - 3ª: Pariter Reip. interest, libere componi connubia; cum in his, quae non liberae voluntatis electio conciliaverit, nulla sperari concordia possit, nulla soliditas. - 4ª: denique interest Reipublicae matrimonia non esse venalititia; nihil enim tam amori, qui nuptias regere debet, repugnat, quam pecuniae cupiditas, nec magis ironice quicquam dictum fuit, quam illud « auro com« paratur amor. »

Ex quatuor regulis consectaria totidem. Et primo quidem non valet quicquid cautum fuerit, ut damni metu, vel lucri spe ad caelibatum quis, ac

vitae solitudinem, impellatur. Quare non tantum stipulatio poenalis non tenet, *si nupserit, si uxorem duxerit;* sed neque legato bene conditio adjicitur, *si non nupserit, si uxorem non duxerit, l. 22., l. 63. § 1., l. 72. § 5., l. 74., l. 100. de cond. et demonstr.*, Paul. *sent. III. 4. 15.* Scilicet uti est, conditiones inhonestas pro impossibilibus haberi, conditiones autem impossibiles vitiare contractus, detrahi in testamentis (§ 15); stipulatio illa concidit, legatum, sublata conditione, pro puro ac simplici habetur. - Una exceptio est in viro, qui sub conditione servandae viduitatis honoraverit testamento uxorem suam. Etsi enim conditio viduitatis ex praedictis rationibus in genere reprobetur, *l. 63. pr. de cond. et dem.*, a viro testatore imposita admittitur: cujus non injustum desiderium esse videtur, fidelitatem sibi vel post fatum servari, aliumque viduae suae maritum bonis a se relictis non frui. - Tantus tamen fuit apud veteres nuptiarnm favor, ut, constituente lege Miscella, si vidua ita honorata intra annnm a morte viri, sese procreandorum filiorum causa nubere velle, per sacramentum declaravisset, nubere posset, ac nihilominus id, quod relictum fuerat, accipere et retinere. Quod si ita non declarasset, servanda erat omnino conditio; nimirum juxta regulas de conditionibus, quae potestativae negativae dicuntur, ad-

mittebatur statim, data cautione muciana de restituendo nisi paruisset, nempe si nupsisset (c). Multum e lege Miscella variis temporibus mutavit Justinianus *l. 2. 3. C. de indicta viduit., Nov. 22. c. 43. 44.* Hac Novella denique statuit, viduitatis conditionem impositam omnino servari debere, admitti feminam, data de non nubendo cautione sub quibusdam, quos ipse late enucleat, modis.

Secunda est ex altera regula consequentia: Reprobatur voluntas ejus, qui vel metu damni impulerit, vel spe lucri allexerit ad divortium, *l. 8. § 1. de usu et habit., l. 5. C. de inst. et subst.*

Ex tertia regula sequitur, non valere stipulationes poenales, quibus certum cum determinata persona connubium aut obtrudatur aut excludatur; *si Titio non nupseris, dabis?* vel *si Titio nupseris, dabis?* Ad stipulationes hujusmodi prima regula vere non pertinet, quae fuit ne matrimoniorum copia in civitate cohiberetur. Pone enim stipulationem, *si Titio nupseris.* Excluditur unum tantum matrimonium cum Titio; aliae nuptiae universae apertae relinquuntur. Pone aliam, *si Titio non nupseris:* matrimonio nedum non adversatur ea, injungit imo. At obstat utrique servanda nuptiis libertas. Haec

(c) Explicatur per sanctiones legis Miscellae locus Maeciani *l. 65. § 1. ad S. C. Treb.*

lata, haec ampla esse debet; nullum matrimonium subtrahendum, nullum imponendum est. « Inhone- « stum visum est vinculo poenae matrimonia ob- « stringi » *l. 134. pr. de V. O.*; « eligendi ma- « trimonii poenae metu libertatem auferri » *l. 71. § 1. de cond. et demonstr.* - Verum hic poenarum causa a causa lucri propositi separatur. Neque enim praemio certas sive fovere, sive arcere nuptias, prohibitum est; et si ita legatum fuerit, *si Titio non nupserit*, aut *si Titio nupserit*, legatum et conditio servatur, *l. 63. pr. § 1., l. 64. pr., l. 71. § 1. de cond. et demonstr.* Non enim uti per poenarum minas, ita per invitationem praemii adimitur libertas, *d. l. 71. § 1.*; ac bene fatuus foret, qui sese libertate comminutum diceret, quod eligendo praemiis fuisset allectus (*d*). Nisi quod obstaculum facere videtur regula quarta de dignitate nuptiarum, quae venales esse non debent. Legatum est feminae, si Titio non nupsisset; abstinebit ea Titio, forsan antea desiderato, quaeret virum sibi alium cupiditate as-

(*d*) Certe si in casu legati, *si Titio non nupserit*, talia sint peculiaria facti adjuncta, ut solae cum Titio probabiles sint feminae nuptiae; conditio in fraudem legis Juliae adscripta habebitur, non observabitur, arg. *l. 63. pr. de cond. et dem.* Item si in alio casu, *si Titio nupserit*, Titius indignus sit illis nuptiis ita, ut non hae fieri honeste queant; tale est, quale si generaliter scriptum esset, *si non nupserit*, pejus imo et gravius: conditio pro non apposita habetur, *d. l. 63. § 1.* Similia de conditione, *si Ariciae non nupserit* cauta reperies in *l. 64. § 1. eod. tit.*

sequendi legatum. Legatum est, si Titio nupsisset, advolabit ad eum, non amore ducta sed auro. Resp., posse tales adesse circumstantias, quae venalitatis suspicionem avertant. Sequor describentem scite Savigny. Finge puellam, cui pauper aut avarus sit pater; amatum ab eo parvi census juvenem; objectum a patre alium divitem: providet amicus testator, scripto puellae legato, si Titio, amato juveni, nupserit, aut si non nupserit illi, quem objicit pater. Nulla inhonestas hic; nulla matrimonii paratur venalitas: consulitur, ne per avaritiam patris miserrima filiae conditio praeparetur. Quum autem testatores honesta potius quam inhonesta, licita potius quam illicita, voluisse censendi sint; tales similesve circumstantiae praesumuntur; legatum, conditio, in genere valent (*e*). - Adeo verum est, propositis praemiis nuptias posse in genere conciliari, ut aliquando etiam stipulatio servetur, qua femina sibimetipsi pecuniam stipulata fuerit sub conditione nuptiarum, *si tibi nupsero, decem dari spondes?* Urget hic vehementior venalitatis suspicio; eadem enim est, quae stipulatur, quaeque personam propriam, quasi pecuniae praemium, offerre

(*e*) A fortiori substinebitur plene dispositio, qua nuptiarum in genere ineundarum conditio inducta fuerit, uempo *si nupsisset, l. 45. § 2. de l. 1., l. 68. de cond. et demonstr.* Simplex provisio est parata oneribus matrimonii futuri: licita ac servanda omnino. V. (§ 16).

videtur. Quare sapienter cautum est *l. 97. § 2. de V. O.*, causam esse cognoscendam, et si probabilis nulla appareat, denegandam actionem. At non raro probabilem causam ejusmodi stipulationis esse, subjicit Celsus. Esto (sequor rursus conjecturam Savigny) paupercula mulier, quae se, quae parentes alat operis suis: ea non ad nuptias adduci potest, nisi promittatur pecunia, quam quidem sit continuo restitutura dotis causa, consulens sibi tantum in casum futurae viduitatis. Aequum desiderium est, non turpe, non rapax; actio non denegabitur.

Denique tum ex tertia de libertate, tum ex quarta de honestate, regula fluit, non valere pactum, ne liceat divertere; non stipulationes ratas haberi, quibus poenae irrogarentur ei, qui quaeve divortium fecisset, *l. 134. fi. pr. de V. O.*, *l. 2. C. de inut. stip.* Non enim metu poenarum obstringi, sed concordia ac pietate foveri connubia debent. - Quod Pomponius *l. 19. de V. O.* addit, loco rationis « quia contenti esse debemus poenis lege « comprehensis » non nimis abscisse intelligendum est. Licitum est in genere civibus ad poenas, quas leges minantur, addere alias conventionibus suis: id non permissum in nostra specie, obstantibus regulis singularibus de libertate nuptiarum deque honestate.

Conclude de conventionibus, ceterisque circa matrimonia dispositionibus, eas interdum non valere, quoniam aut existentiae ipsi nuptiarum obstant, aut libertati, aut dignitati. Excipiendas esse illas, quibus certae nuptiae aut excluduntur aut suadentur, invitatione praemii; utpote quae tales esse possunt, quae nec copiam, nec libertatem, nec honestatem turbent matrimoniorum. Verum et has, si in facti adjunctis aliquo tali vitio maculentur, affici prohibitione. Adde (not. e).

A conventionibus, quae matrimonia respiciunt, transeamus ad eas, quae fiant de futura successione viventis. Quibus quidem excludendis atque improbandis operam praecipuam Papinianus dedit, honestissimus inter aequales suos; quoniam pactis hujusmodi (ipsius Papiniani verbis utar in *l. 29. § ult. de donat.)* adversus bonos mores, et jus gentium festinatum sit. Itaque prima conventionum talium improbandarum ratio est naturalis, ne scil, eorum mortem, quorum ex obitu emolumentum expectant, heredipetae captent. - Praeterea aetate juris nostri, quam dicunt auream, de futura hereditate pacta displicuerunt, etiamsi assentiretur is, cujus de successione tractaretur, imo ipsemet directe conventionem conficeret. Cessabat tunc ratio boni moris ac juris gentium; quando enim ille, cujus de captanda morte periculum fuisset, assentirotur,

pacisceretur, jam hoc ipso discrimen vere abesse patebat; cum nemo magis, quam suae quisque vitae, sit custos egregius. At subveniebat ratio alia juris civilis, qua conventiones tales neque assensus ejus, sive concursus, a nullitate servare posset. Nimirum neminem posse libertate testamenti condendi, quae ad statum civis spectat, semetipsum spoliare; lege ac testamentis, non pactis atque contractibus, hereditates deferri; privatorum cautiones legum auctoritate non censeri. Hinc non valuit pactum, quo pater in dotali instrumento cavisset, ut aequa portione cum fratre filia heres sibi futura esset, aut ut dote contenta esset, neve quid aliud ex sua hereditate speraret, Papin. *l. ult. de suis et legit.; l. 15. C. de pact., l. 3. C. de collation.* - Verum ab hac secunda parte prohibitionis (quando scil. aut assentiatur, aut etiam conveniat is ipse, cujus de successione res est), quoniam non boni moris, sed juris mere positivi ratio erat in medio, multum detractum est lenitate Principum. Recepta prius favore principalium constitutionum pacta de mutua successione inter milites ad praelii discrimen pergentes, *l. 19. C. de pactis.* Porro laxiori aevo Justinianus *l. ult. C. eod. tit.* habitas de successione futura conventiones, si consentiret is, cui succedendum sit, ratas esse voluit, modo ipse in consensu suo ad mortem usque perseverasset. - Ae-

tatibus posterioribus sub solo boni moris aspectu considerata res est. Quare validitatem conventionum de hereditate futura admisere Canones, si justa conveniendi causa esset, sique accessisset jurisjurandi religio; ubi enim talia adessent extrema, turpem abesse intentionem, judicatum est. Consuetudines etiam, legesque municipales, saepe conventiones reciprocas de succedendo inter conjuges firmavere. Nec defuere Scriptores, qui, pacta hujusmodi sint necne reprobanda, pro variis moribus populorum, modo purioribus modo remissioribus, censendum esse crediderint: quos inter notandus Ulricus Zasius, prohibitionem italis relinquendam esse, facile scribens, quasi nostrum sit, agitari cupiditate pecuniae. Interea leges Europae, Zasio fidejubenti minus acquiescentes, deque eo quod humanum est suspiciosae, servant prohibitionem interdum: codex imo gallicus, ab italico repetitus, de hereditate viventis, vel ipso assentiente, conveniri non posse sancit, renovata eatenus veteris romani juris severitate.

§ 12. - *Conventiones reprobatae ratione objecti (Continuatio).*

Non ad judicia tantum, verum etiam ad conventiones referri potest regula illa, rem inter alios actam aliis neque nocere posse neque prodesse. Ex

prima regulae parte fluit, non valere conventiones quibus datio factumve tertiae personae praestandum inducatur: ne valeant conventiones, quibus jus et actio in tertiam personam conferretur, efficit pars altera regulae.

Et primo quidem invalidos esse contractus, atque pacta de praestationibus a tertio faciendis, tralatitium est: tum quoad tertium hunc, qui non obligatur, ne ipsi per alterum iniqua conditio inferatur; tum quoad ipsum, qui ita promisit, cui quidem facti non proprii praestatio impossibilis est, *l. 27. § 4. de pactis, § 3. I. de inut. stip.* - Proxime tamen accedit methodus, qua facta aliena in contractum subinduci possunt; nempe valet stipulatio, qua quis curaturum se spoponderit, ut det Titius faciatve; quia non directe factum alienum, sed proprium, operam propriae curationis, promisit, *d. § 3. I. de inut. stip.* etc. - Scite observavit Ant. Faber, perperam sibi eum, qui ita promisit, blandiri, si se liberatum credat vix ac probasset, expertum se fuisse, ut Titius daret vel faceret, per se non stetisse, quominus ab eo daretur vel fieret. Latine enim loquentibus « curabo » significat: Mea cura erit, efficiam, ut tale quid eveniat. Efficacem, operam promittit, qui sic pronuntiat; de eo quod interest obligatur. Quod si quis promiserit ita: Tentabo, experiar, a Titio dari vel fieri; exsolutum

crederem, si operam qualem spopondit, studia scilicet ac tentamina, adhibuisset, quamquam res non bene cessisset. Caeterum proxima adeo est promissio facti alieni promissioni curationis propriae de facto alieno, ut sub primae figura secunda tacite inducta, faventibus circumstantiis, videatur, et substineatur contractus. Exemplo sunt praetoriae stipulationes, dominum ratam rem habiturum, aliquem judicio sisti. Denique ex aequitate juris canonici, quam plurium gentium moribus receptam esse, Grotius testatur, quoties factum alienum fuerit promissum potius de propria curatione fides data creditur; idque, ut actus potius substineatur quam pereat.

Conventiones ad tertii favorem directae reprobantur, quatenus per liberam personam acquiri actio non potest. Notum est ex *§ 4. I. de inut. stip.*, quid juris placuerit circa stipulationem, *mihi aut Titio* dari; Titio non quaeri actionem, quae impingeret illi principio; Titium tantum solutionis causa adjectum videri; solvi ei posse id, quod vere mihi soli debetur. - De stipulatione, *mihi et Titio*, quin Titius detrahendus omnino sit, nemo umquam dubitavit. Refert Gajus *comm. III. 103.*, Sabinianos inter ac Proculianos fuisse disputatum, utrum integra stipulationis summa apud me servaretur, an deducta Titii persona secum veluti abduceret

summae medietatem, alia tantum medietate in stipulatione retenta. Justiniano placuisse Proculianorum sententiam, quod de sola medietate summae stipulatio valeret, novimus ex *d. § 4. I. de inut. stipul.*

Jam ad exceptiones. Sunt quae adamussim respiciunt partem regulae primam, aliis contrahendo praejudicium non fieri; sunt quae ad secundam partem referuntur, aliis non posse comparari actiones; sunt denique quae partem utramque simul pertingunt ita, ut, nisi ad ambas insimul referantur, tractari commode nequeant. Itaque primo agemus de casibus, in quibus obesse alii, conveniendo possumus; postea de his, ubi aliis possumus actiones nancisci; denique tractaturi de casibus, in quibus modo juvare aliis per conventiones licet, modo nocere.

Casuum, in quibus praejudicent aliis conventiones aliorum, memorabile exemplum est in *ll. 7. § ult., 8. 9. 10. de pactis;* quod pactum majoris partis creditorum, de remittenda debitori communi debiti portione, minori etiam parti, quae non consenserit, imponatur. Hujusmodi de remittenda debiti portione conventiones uti hodie sunt, ita et apud veteres frequenter fuisse usurpatas, monumento est aes neapolitanum, quod tabulae Heraclensis nomine venit, *lin. 39. seqq.*; ubi inter alias causas,

quibus debitores in Curia sedere non possent, recensetur « si cum creditoribus pactus est eritve se so« lidum solvere non posse ». - Optime post glossatores Ulr. Huberus, aliique observaverunt, non perpetuo verum esse, quod major creditorum pars, de credito comminuendo consentiens, parti minori praejudicet. Etenim (Rosmini disserentem sequar) falsum est, jura communia, seu affinia inter se, suffragiis plurium perpetuo esse committenda: quo saepe fieret, ut illorum utilitati jura minoris partis subjugarentur, ac deservirent; dum jura, qualiacumque sive numero sint, sive quantitate, aeque observatione digna, aeque inviolabilia sunt. Unde principium juris nostri, relatum in *l. Sabinus, 28. comm. divid.*, in novitatibus rei communi inferendis meliorem esse causam prohibentis. - In illis tantum, juxta juris philosophiam, major suffragiorum numerus debet praevalere, quae communis rei, sive jurium affinium, administrationem respiciunt prae natura ipsorum, solitaque destinatione: ibi enim, cum ratio sit compendii communis, nemo suae studere potest utilitati, quin et aliorum utilitatem curet; adeoque consentaneum est, illud consilii capi, quod major cogitantium sequitur numerus, ampliori collata tum studiorum, tum scientiae summa. - Itaque conventio de remittenda crediti parte habita a numero creditorum majore, in genere non officit caeteris;

quandoquidem non administrationem solitam curat, sed novam omnino rem inducit, atque inusitatam. Citatis vero superius fragmentis *tit. de pactis* est singularis quaerenda species ex *§ 17. d. leg. 7.;* quae paragraphus integram tractationem praecedit. Scilicet aere alieno praegravatus obierat debitor, cujus, implicitam creditoribus, hereditatem adire recusabat heres, nisi debiti portionem creditores ipsi remitterent. Ut obsecundarent, justum fuit, imo necessarium consilium plurium creditorum: ne, hereditate deserta, persona obligata carerent, neve sumtus, aleamque bonorum venditionis, experiri cogerentur. Tanta necessitatis ratio suasit, ut, habita ab illis de portione amittenda conventione, etiam minor alia pars creditorum teneretur (*a*). Alia mitto, quae de tali conventione non insubtiliter disputantur; ea tantum quae exposui proferenda judicavi, quia in conventione hujusmodi hodierna pacta de bonis decoctorum, quae dicuntur *i concordati*, originem suam sumserunt.

Videamus de casibus, quibus nostra conventione actionem aliis comparare possumus. Notatu dignum apprime rescriptum Diocletiani et Maximiani

(*a*) Non male Jason aliam etiam speciem proposuit, scil. debitoris fugitivi, qui commode conveniri non possit, neque, nisi remissa debiti portione, sit appariturus. Similis ratio necessitatis jus simile suggerit.

l. 3. C. de donat. quae sub modo (*b*). Donaverat quis alteri sub eo modo, ut post certum tempus feminae cuidam id, quod donabatur, restitui deberet. Ante veniens tempus mortua est femina, herede relicta sorore Marcella. Tum venit dies; neque tamen donatarius modum implevit; Marcellae, uti par erat, haud restituit. Quaerebatur ab Impp., quaenam esset actio, qua ad servandum modum posset compelli donatarius. Incipiunt considerare Impp., jus regulare cujusmodi foret. Nimirum non actio danda esset feminae, in quam modus impleri deberet, ejusque heredi Marcellae; quoniam negotio non interfuit, nec sibi stipulata est. Neque actio praescriptis verbis competit donatori qua donatarium ad modi implementum adstringat. Utique enim in donationibus sub modo quoddam contractus innominati genus continetur, ex contractibus autem innominatis actio praescriptis verbis observantiae causa datur; at obstabat in casu quod non sibi, sed favore tertiae personae, modum adjecisset donator, hujus idcirco, servari modum, non interesset; jamvero quisquam agendo non id, quod alterius, sed quod sua interest, persequi potest (not. c). Una erat condictio ob causam datorum, quae donanti concedi poterat, non ad im-

(*b*) Extat et in *fragm. vatic. § 286.*

plementum quidem adjectae legis, sed ad id, quod dederat, repetendum; nimirum ex generali magnae aequitatis ratione, neminem cum aliena jactura lucrum injustum capere, non eum, qui certo sub modo accepit, modo non servato, rem retinere debere. - Hisce ita de regulari jure expositis, Impp. subjiciunt, benignitate Divorum Principum inductam fuisse actionem utilem, qua posset uti is, in quem modus implendus fuerat, ad hoc ut sibi praestaretur modus; hac Marcellam usuram. - Verum cum novitatem subito, atque inopinato, inductam fuisse, sapientiae non conveniat auctorum juris, ac semper novis placitis origo sua possit adsignari; merito investigandum suscepere Interpretes, qualenam in jure veteri institutum esset, ad quod, per analogiam veluti, ac similitudinem, actio illa utilis referri queat, quam Divi Principes introduxerunt. Veritatem tetigisse videtur Vinnius, qui in suo tractatu de pactis rem ad fideicommissa reducit; scilicet agnitum fuisse ait in facti specie quoddam fideicommissum: nam (subdit) fideicommissa non per testamenta solum, verum etiam in contractibus relinqui possunt. Quod postremum non placet: etenim ea fideicommissorum et origo, et indoles est, ut ab eo tantum relinquantur, qui actu ultimae voluntatis fuerit honoratus, a legatario puta aut fideicommissario, *l. 9. C. de fideicom.* Detracto hoc,

quod in opinione Vinnii minus verum videtur, res ita nitidius explicatur. Nimirum jam pridem placuerat, fideicommissa etiam in donationibus mortis causa institui posse, exemplo legatorum, *d. l. 9. C. de fideic.* Refert Scaevola *l. 37. § 3. de l. 3.*, progressum fuisse D. Pium, ut etiam in donationibus inter vivos fideicommissum fieri posset, modo tales essent, in quibus sibi donator revocandi reservaverit potestatem, similes idcirco donationibus mortis causa. Processere Divi Principes, qui post D. Pium tenuerunt imperium, et in donationibus inter vivos, etiam sine revocandi potestate factis, additum ab initio modum, exemplo fideicommissi, servandum voluerunt. Analogia fuit cum fideicommissis, quamquam a propria istorum indole aliquanto discederetur.

Praeter casum *leg. 3. C. de don. quae sub mod.* non desunt alii, in quibus actio alteri per alterius contractum generatur. Ecce per conventiones ascendentium, factas pro descendentibus suis, actionem istis comparari, notum est. Quod quidem propter affectionem personarum fuisse receptum, enuntiat Paul. *l. 45. soluto matr.*, tractans speciem stipulationis ab avo materno collatae in favorem neptis suae. Huc (ut alia mittam) spectat *l. Publia Maevia. 26. pr. depositi.* Mater fuerat, quae, quum res suas deponeret, legem dixit, fore, ut, si quid hu-

manum sibi contigisset, filio restitueretur. Res commendatas filio restituendas esse, defuncta matre, respondet Paulus. - Cavendum tamen, ne haec late nimis accipiantur: jam nunc moneamus, non haec adeo valere, ut possint patresfamilias convenire pro filiisfamilias suis. De hoc inferius loquendum erit fusius: teneamus interea, conventiones adscendentium illorum descendentibus prodesse, qui patriam in istos potestatem non habeant: duplex a Paulo exemplum accepimus, matris, avique materni.

Exponendi denique casus, in quibus utraque pars regulae, quod res inter alios acta aliis neque nocet neque prodest, simul debet considerari ad hoc, ut exceptiones ex ordine possint adscribi. Magna exceptio est: quod aliquando ob determinatam juridicam relationem inter convenientem, tertiamque personam, modo huic directe juvet conventio, modo etiam noceat.

Patremfamilias inter, ac filiumfamilias suum, maxima ex naturae civitatisque jure relatio est. - Adeo filiifamilias instrumenta sunt acquisitionum pro patribus suis, ut possint eis conveniendo prodesse, sive quod credita adjiciant, sive quod ipsos relevent debitis, pacto de non petendo cum creditoribus convento, *ll. 17. § ult., et seqq. de pactis.* - At e converso, quum filiis deteriorem patrum suorum causam facere non liceat, non his nocere po-

terunt conveniendo, ex. gr. paciscendo, ne petatur, cum debitoribus, *l. 23. C. de pactis.* Limita; nisi actu ipso quo contrahunt, illis, quae sint acquisituri, juribus pactum de non petendo intra certum tempus addiderint; pater enim, jura illa sibi tribuens, talia accipere, qualia composita fuerunt, debet, non aucta per detractionem minus commodae conventionis. Denique etiam ex intervallo filius paciscendo, ne petatur, potest praejudicare patri, si de re peculiari agatur,. liberam habeat peculii administrationem, neque donandi ac perdendi causa, sed ex justa ratione, pactus fuerit, *l. 28. § ult. de pactis.*

Videamus, an e converso paterfamilias meliorem aut deteriorem filiifamilias sui conditionem conveniendo facere possit. Negandum est. - Et primo quidem in juribus acquirendis adeo filius instrumentum patris est, adeo unam eamdemque personam cum ipso videtur efficere; ut, si quando pater filio suo stipuletur, idem sit, ac si stipulatus sibimetipsi fuisset; valeat nimirum stipulatio, non ita tamen, ut filio jus acquiratur, sed patri, *l. 130. de V. O.* - At quaedam occurrunt jura, quae, loco exceptionis, residere possunt apud filium familias. Hujusmodi sunt jura dotalia, quae manent penes filiamfamilias, cujus patrimonium esse dos constituta dicitur. Hujusmodi sunt etiam ea quae, cum

in facto potius quam in jure consistant, ad hominem non tam uti juris privati subjectum, quam uti ens naturale ac politicum, respiciunt, atquè idcirco manent etiam in filiisfamilias; quibus ad persecutionem actiones in factum sunt comparatae. An haec ut filio comparentur aut augeantur, potest pater efficere conventionibus suis? - Renovatur quaestio quoad obligationes: quum enim hae, a filiofam. initae, non remeent ad patrem (§ 26); utiliter quaeritur, an conveniens cum creditoribus pater relevare possit filiumfamilias suum? Tenenda perpetuo negatio est. Innuit rationem Pomponius *l. 7. vers. si vero filia, de pact. dotalib.* « per filiam « patri acquiri potest, per patrem filiae non po- « test. » Scilicet gravitati patriae potestatis tributum est, ut pater instrumentum agere non deberet filiofamilias; quod vinculi illius juridici indolem subvertere videretur. Quare non, si pater constitutae doti pactum favorabile adjiciat solus, filiaefamilias proderit, *d. l. 7. vers. quo casu, de pact. dotal.* Neque proderit filio, quod pater ipsi stipulatus sit, in his quae magis in facto quam in jure consistere dicuntur, *d. l. 130. de V. O.* Item si pater cum creditoribus filii de non petendo sit pactus, haud exceptione pacti filius uti poterit, *l. 21. § 2. de pactis:* neque, si per acceptilationem, a se cum creditore compositam, relevari filium studuerit pater, acce-

ptilatio valebit, *l. 8. § ult. de acceptilat.* - At quominus pater emancipato filio prosit conventionibus suis, obstat nihil; cessante patriae potestatis observatione, redeunte de ascendentibus regula, quam supra exposuimus. Neque minus valida conventio, si pater filio provideat, qua heredi sibi futuro, in casum propriae mortis solutaeque patriae potestatis, *l. 33. de pactis* (textus mox exponendus paulo fusius).

Dubio procul pater filio per conventiones non nocebit. Neminem enim aut detrahendo jura, aut obtrudendo obligationes, iniquam alii conditionem inferre posse, continuo observatur.

A patria potestate facilis est transitio ad tutoriam, quae est illius quaedam continuatio, item ad curatoriam, quae ad exemplum tutoriae fuit introducta. An tutor vel curator pupillo vel adolescenti prodesse, conveniendo cum aliis, poterit; an obesse? Regulare est, infantes quidem nihil agere, pro infante omnia a tutore administrari negotia; at pupillos infantia majores contrahere ipsos debere, adjecta a tutoribus auctoritate sua; minores quoque contrahere, aptari a curatoribus consensum. Verum non raro receptum est utilitatis causa, conventiones a solo tutore, a solo curatore gestas, pupillis infantia majoribus, atque adolescentibus, juvare seu nocere posse. Et primo quidem ut ju-

vent, introductum est in pactis, quae ad naturalem simplicitatem accedunt: quare pacto, quo de non petendo convenisset tutor vel curator cum pupilli vel minoris creditoribus, exceptio pupillo aut minori comparatur, *l. 15. de pactis*. Proximum est, quod si quis constituat tutori vel curatori, sese pupillo vel adolescenti soluturum, utilis actio huic concedatur constitutoria, *l. 5. § 9. de pecun. constit.* Praeterea etiam in contractibus, per tutorem pupillo certis ex causis quaeri actionem posse, receptum est, *l. ult. C. quando ex facto tutoris.* Placuit in mutuo, numerata a tutore vel curatore pecunia pupilli vel minoris, actionem isti utilem ad repetendum competituram, imo, si tutor stipulationem de restituendo adjecisset, actionem quoque utilem ex stipulatu, *l. 26. de R. C., l. 2. quando ex facto etc., l. 9. pr. de admin. et peric. tutor.*, *l. 2. C. quando ex facto etc.* Item, emtis pupillari pecunia praediis, aut locatis a tutore vel curatore praediis pupilli sive minoris, huic utilem actionem profuturam, *l. 2. quando ex facto., l. pen. C. quando ex facto.*

Vicissim aliquando conventiones tutorum aut curatorum nocere pupillis minoribusve possunt. De pacto, ne petatur, modo ex justa causa, puta transactionis, conventum a tutore fuerit cum debitore pupilli, obfuturum illud agenti pupillo, est *l. 15.*

§ 4 de furtis. Datur adversus pupillum vel minorem utilis actio, si mutua pecunia in rem ejus a tutore vel curatore accepta, versaque fuerit, *l. 20. § 1. de in rem verso, l. 2. pr. quod jussu, l. 3. C. quando ex facto., l. 2. C. de curat. fur.* Si nomine impuberis rem vendidisset tutor, eaque fuerit evicta, utilis actio emtori est contra eum, cujus tutela gesta sit, *l. 4. § 1. de evictionib.* Denique si in re, quae tutori cum pupillo communis fuisset, ille promisisset juste stipulanti; actionem utilem in adultum dandam fore, Scaevola, specie allata, respondet, *l. ult. quando ex facto.*

Latior succedit disputatio de procuratoribus, quam oratione colligere, et ad praecipua quaeque perstringere, studebimus. Valet maxime in procuratoribus principium, per liberas personas nobis acquiri non posse; scil. exclusa est in contractibus talis per procuratorem repraesentatio, ut nobis actio, opera ejus, comparetur. Quod intelligendum probe ac figendum est, ne vicinitate diversarum rerum decipiamur. Non enim vetita est jure romano omnis procuratorum in contractibus adhibitio, neque jussi sunt homines, incivili imperio, suas tantum contrahendo persequi commoditates. - Illud prohibitum, ne personam mandantis procurator principaliter induceret in negotium, actionibus illi, non sibi, quaerendis. Non (ut expressis vocibus rem declarem)

ita contrahere licet mandatario: *Emit* ex te dominus, aut *locat*, aut *commodat* tibi. Bene autem ita: *Emo* ex te nomine domini, *loco*, *commodo*, initio ducto a propria persona, et acquirendis sibi actionibus. Haec significat Paulus *l. 11. de O. et A.* « quaecumque gerimus, cum ex nostro contractu « originem trahunt, nisi ex nostra persona obli- « gationis initium sumant, inanem actum nostrum « efficiunt: et ideo neque stipulari, neque emere, « vendere, contrahere, ut alter suo nomine recte « agat, possumus. » Atque ita explicatur, quod aliena tantum causa, aut mandatarii simul et aliena, fieri posse mandatum, traditum est in *Instit. § 3. 5. de mandato.* Mando tibi, ut Titio credas, quod mea non intererat; valet mandatum, erit mihi tecum mandati actio, et ego tibi sum obligatus, *l. 6. § 4. mandati.* Scilicet non incepi a persona Titii, non dixi: *Mandat* tibi Titius, ut credas ei, sed: *Mando*, ut credas Titio, initio contrahendi a me ducto, mihi, et adversus me, praeparatis actionibus (*c*). - Solum

(*c*) Adde (§ 40). - Non obstat, quod mandati actio nonnisi ab illo possit exerceri, cujus intersit, *l. 8. § 6. mand.;* nihil autem in casu mandantis interesse videatur, quo fulciat actionem suam. Nam qui, ut Titio crederetur, mandavit, est certe aut procurator ipsemet Titii, aut negotiorum gestor; tenetur erga eum, ut bene impleat mandatum acceptum, aut curet susceptum negotium. Eatenus ejus interest, impleri mandatum aliud, quod de credendo fecit. Denique ut agere possit, non requiritur, quod ad ipsum

in stipulationibus, ad rigorem arctius revocatis, procurator non modo a persona mandantis contractum non incipere, sed ne in eam quidem secundario conferre potest. Non solum invalida stipulatio illa est: Promittis *Titio*, te ei daturum, verum etiam haec: Promittis *mihi*, te *Titio* daturum. Exclusa est in stipulatione quaelibet species seu figura procuratorum « inventae enim sunt hujusmodi obliga- « tiones ad hoc, ut unusquisque sibi acquirat quo « sua interest: ceterum, ut alii detur, nihil in- « terest mea » *l. 38. § 17. de V. O.* Itaque potest quidem stipulatio ex alieno mandato fieri, at procurator stipulando abstinere omnino debet nomine ac persona mandantis; ita debet interrogationem concipere: *Promittis mihi dari, l. 126. § 2. vers. sed quod libertus, et vers. sequens stipulatio, de V. O.* (*d*).

reversura sit rei commoditas; sufficit interesse ipsius, receptum mandatum seu negotii gestionem bene cedere.

(*d*) Adde (not. e). - Explanatur ita *l. 3. C. de inutil. stipul.* Duae factae fuerant ab Isidora stipulationes. Una generalis, qua varias, cum genero compositas antea conventiones, complexa fuerat: Promittis *mihi*, te restituturum cuncta juxta pactorum tenorem; eaque implicite continebat, inter caeteras, etiam conventionem de restituenda parte dimidia dotis Juliano, si nepos Isidorae in rebus humanis non esset. Quasi fuisset dictum: Promittis *mihi*, te *Juliano* restituturum etc. - Alia specialis, quae de hac conventione postrema ita concepta fuit: Promittis *Juliano*, te ei dimidiam dotis partem restituturum. - Diocl. et Maxim., nullam omnino secundam sti-

Regula de procuratoribus ita, uti exposuimus, accepta pergit valere adhuc tempore jurisprudentiae lenioris. Manet, non posse procuratores inducere principaliter in contractum personas mandantium suorum, non his actiones directas contrahendo adipisci. Textus est in *d. l. 11. de O. et A.* Pauli, recentioris jurisconsulti: adde *leg. 1. C. per quas pers.* (*e*). - Ecquid igitur mutatum est a mitiore jurisprudentia? Mutatum est in effectibus gesti a procuratore contractus. Facto enim a procuratore con-

pulationem esse, rescribunt « ob absentiam ejus (Juliani) »; scilicet quia neque stipulatio, neque ullus alius contractus. Ita potest componi, ut principaliter alterius, quam contrahentis, persona inducatur. Ut Juliano pars dotis restituatur, proficere posse stipulationem primam, ubi initium stipulandi a se duxerat Isidora; dummodo tamen « constiterit interesse tua « (Isidorae) juxta placiti fidem dotis portionem Juliano fuisse restitutam ». Si de alio contractu, praeter stipulationem, ageretur, non istud praeterea requisivissent Impp. At cum in stipulatione haud liceat omnino procuratoris figuram agere; neque ea valere poterat in genere stipulatio, quae ad Juliani personam, quamvis secundario, fuerat relata. Certe si propriam, ut alteri detur, habeat stipulator utilitatem, puta quia illius debitor esset, seque ab eo liberandum curaret, tunc stipulatio valet, neque enim stipulator agit vere procuratorem, sed propriam rem administrat, *§ 20. I. de inut. stipul.* Idq. significant Impp.

(*e*) Non obstat quod saepe legimus in textu de contractibus a procuratore gestis *nomine domini*. Accipe de collatis secundario in personam ejus: Emo nomine Titii etc. - Potest enim certe procurator tacere etiam omnino de mandante suo, et, illata propria tantum persona, contrahere; redditurus tamen inde cessurusve mandanti suo quicquid rei jurisve acquisiverit. Ita composuit Connanus *leg. 20. § 2. de a. r. d.* cum *leg. 59. eod. tit.*

tractu, inducta propria principaliter, uti par est, persona, regularis rei exitus esset; ut ipsi quidem procuratori actiones acquirerentur, mandandae autem hae seu cedendae essent domino, qui ita demum experiri posset judicio (*f*). Consuluere prudentes, ut sine cessionis circuitu posset dominus uti beneficio contractus.

Et primo quidem in pactis, utpote simplicioribus, admissum fuit, ut pactum a procuratore conventum non quidem ad exceptionem pacti, sed ad exceptionem doli subsidiariam adhibendam proficeret mandanti, *l. 10. § ult. de pactis.* - Vicissim si procurator mandatum tale recepisset, aut rebus omnibus superesset, pacto suo domino praejudicare poterat, *l. 12. eod. tit.* - A pactis gradus factus est ad contractus. Ac primo quidem placuit in mutuo per procuratorem acquiri utilem condictionem, *l.126. § 2. vers. plane, de V. O.*, jure jam Aristonis et Juliani tempore non recepto tantum, sed plene evoluto, *l. 9. § pen. de R. C.* Atque e converso, accepta a procuratore juxta mandatum pecunia mutua, dominum utiliter teneri, *l. 5. C. de instit. et exercit.*

(*f*) Si is, qui cum procuratore contraxisset, utilitatem mandantis curavisset omnino, mutuam ex. gr. dedisset pecuniam contemplatione hujus, utque necessitatibus, quibus is tenebatur, occurreret; habebat actionem negotiorum gestorum, quam, procuratore seposito, experiretur adversus dominum, *l. 6. § 1., l. 31. pr. de negot. gest.*

act. Denique ex aliis etiam negotiis ut actiones utiles domino, et contra dominum, darentur, introductum est, studio praesertim aequissimi jurisconsulti Papiniani, arg. *l. 13. § 25. de act. emti* (*g*). De stipulationibus, quae ad juris civilis formam pertinent rigidius, nihil e veteri jure, quod exposui superius, mutatum est; Ulp. *l. 38. § 17. de V. O.*, *§ 4. I. de inutil. stip.* (*h*). - Quare conclusionis loco referre Modestini textum possumus *l. 53. de a. r. d.* « ea, quae civiliter adquiruntur, « per eos, qui in potestate nostra sunt, adquiri- « mus; veluti stipulationem: quod naturaliter acqui-

(*g*) Difficilius actiones domino, et contra eum, dari potuere, quando nomen domini ne secundario quidem inductum contrahendo fuisset (not. e): persona enim mandantis non fuerat inspecta, arg. *l. ult. pro socio*, *l. 13. C. si certum petatur.* - At cogitatum est de actione exercitoria deque institoria, quae adversus eum promoventur, cujus in contractu nomen inductum non est. Harum exemplo, in casu procuratorum, nomen eorum, qui mandaverant, omnino non inducentium, proditae sunt actiones utiles adversus mandantem, *l. 19. pr. de inst.*, *l. 13. § 25. de act. emti*, *l. 66. § 3. de evict.*, *l. 5. C. de instit. et exercit.*, *l. 7. § 1. fi. C. quod cum eo qui in al.* Aegrius admitti potuit, ut in tali casu mandanti utiles actiones concederentur, quoniam magistri atque institoris exemplum invocari non poterat, quorum ex contractibus agere exercitor aut praeponens in genere non potest, *l. 1. § 18 de exercitoria*, *l. 1. fi.*, *l. 2. de institoria.* Attamen Papiniani aequitas, arguentis « per contrarium », huc usque pervenit, *d. l. 13. § 25. de act. emti.*

(*h*) Excipe casus speciales *l. 27 fi.*, *l. 28. de procurator.*, *l. 26. de R. C.*, *l. 5. de stip. praet.* In *l. 68. de procurat.* adde negationem « petere *non* potest », auctoritate Basilicorum. « ἀπαιτεῖν οὐ δύναται ».

« ritur, sicuti est possessio, per quemlibet volen-
« tibus nobis possidere adquirimus. »

Justa personarum repraesentatio est, quae per successionem universalem generatur; ea fit, ut non nobis tantum, verum etiam heredibus nostris stipulemur. Quaeritur, an uni tantum ex futuris heredibus stipulando aut paciscendo consulere quis possit, sive ipso solo ad juris acquisitionem invocato, sive aliis tantum coheredibus obligatione suscipienda gravatis. Inter negantes *leg. 56. § 1. de V. O.*, *leg. 137 § ult. eod. tit.*, atque affirmantes *leg. 33. de pactis*, *leg. 10. de pact. dotal.*, adhibenda est conciliatio, quae fragmentorum tenori apprime videtur congruere. Si jus ipsum, aut ipsam obligationem, uni potius heredi, quam alteri, adjicere voluit contrahens, inutilis voluntas erit, refragante lege decemvirali de jure universo inter omnes heredes erciscundo; conventio enim formam oppugnaret publici juris. Si jure atque obligatione apud omnes heredes relicta substantialiter, cautum sit modo, ne ab uno peteretur, ne ab uno praestatio fieret; tunc, intacta lege XII. tab., nihil est, cur conventio non observari debeat.

Ante Imp. Justinianum non ita poterat conveniri, ut juvare contractus vel nocere inciperet heredibus: inelegans namque visum est, actionem et

obligationem ab herede vel contra heredem capere initium suum. Regulam per se justam, et convenientem principio de continuanda per heredem persona ac jure defuncti, nimio forsan rigore veteres applicuerunt. Habita ita stipulatione: *Post mortem meam*, vel *post mortem tuam dari*, vere obligationis nativitas non ad heredum tempora remittebatur: est enim illa in diem obligatio, cujus statim cedit dies, differtur sola praestatio. Tamen refragari principium creditum est; damnata hujusmodi stipulatio, *Gaj. III. 100.* Imo etiam reprobata talis: *Pridie quam moriar*, vel *pridie quam morieris dari;* quia non aliter intelligi posset pridie quam aliquis morietur, quam si mors sequuta fuerit, *ibid.* - Regulam incommodam, applicatione asperiorem factam, adstipulatorum usu declinatam fuisse, nemini jam ignotum est; de quibus, quales fuerint, quomodo expedirent negotium, qua actione erga stipulatoris heredes tenerentur, quando capite secundo legis Aquiliae multarentur, docuit Gajus *comm. III. § 110. seqq.*, *§ 215. 216.* Attamen jam Gaji tempore recepta stipulatio est: *Cum moriar*, vel *cum morieris dari*, *comm. III. 100.*, quia non ad tempus morti posterius stipulatio committeretur, sed ad ultimum vitae momentum (*i*). Imo

(*i*) Adde *Gaj. II. 232.* - In *§ 98 fragm. vatic.* loco illarum vocum, omnino obscurarum « mixti casus » conjicerem legi oportere « adstipulato-

regulae non ad unguem ab Ulpiano servatae exemplum est in *l. 38. § 12 de V. O.*, ubi admittitur stipulatio favore heredis de facto personali concepta ire agere licere, uti frui licere. Factum personale quod est, illud erit in heredum persona novum omnino; erit in horum persona novae penitus obligationis jus, quod incipiet ab ipsis; obstaret regula, non obstat Ulpianus. - Justinianus abolevit regulam penitus, *l. un. C. ut actiones et ab heredib. et contra heredes incipiant.*

§ 13. *De variis conventionum figuris. Conditio.*

Modo ea, quae per legem necessaria sunt, tum in subjecto contractus, tum in consensu, tum in objecto, serventur; hominibus permissum est quomodocumque velint convenire. Quare tractationem de extremis conventionum necessariis excipit proxima alia de variis conventionum figuris, quas inter eminet modorum, conditionum, dierum adjectio. - Modos, qui non in contractibus, sed in donationibus ac te-

« res. » Optimam haberet fragmentum significationem. « Paulus respondit, « stipulationem quidem in hunc casum conceptam *cum moriar dari* uti- « lem esse, etiamsi » adstipulatores « non intervenirent. » Usus enim adstipulatorum necessarius erat solum in aliis conceptionibus: *Post mortem, Pridie quam moriar.*

stamentis, habent singularis tractationis momentum, seponere debemus, tractaturi de conditionibus, deque diebus.

Conditio est id, quod juridicae relationis existentiam alligat eventui futuro incerto.

Princeps quoad efficaciam divisio est inter conditiones, quae ab Interpretibus *suspensivae*, atque eas, quae *resolutivae* nominantur. Suspensivae sunt, quae incertam in praesentia faciunt existentiam relationis juridicae, donec de eventu constiterit. Resolutivae autem, quae nihil e praesenti actus validitate detrahunt, illum tantum in eventum futurum destruendum committunt. Rerum dissimilitudinem ita aliquando exprimebant romani, ut quae negotia suspensivam conditionem continerent, *sub conditione* fieri dicerent; quae vero resolutivam, facta dicerent *ad conditionem*, *l. 4. de servit*, *§ 50. fragm. vatic.* Sic in pacto in diem addictionis ita composito, ut, oblata intra certum tempus meliore conditione, ab emtione venditione discedatur, resolutiva conditio continetur; e contra suspensiva in eo, ut perficiatur emtio, nisi melior conditio offeratur, *l. 2. pr. de in diem addict.* Item pactum venditioni additum ita: Si displicuisset res, inemta esset, resolutivam conditionem exhibet; at suspensivam hoc aliud: Si placuisset, emtam rem futuram, *l. 3. de contr. emt.*,

§ 4. I. de emt. et vend. Resolutiva pariter conditio est in pacto, quod vocant retrovenditionis; ut, si venditor pretium vel quandocumque vel intra certa tempora obtulisset, restituatur res vendita, *l. 2. C. de pact. inter emtor.* Resolutiva in lege commissoria, ut inempta res esset, si ad diem pecunia soluta non sit, *l. 1. de l. commiss.* - Non dissimilis in mortis causa donationibus observatio fit in *leg. 29. de mo. ca. donat.:* nam si datum ita alicui fuerit, ut jam nunc haberet, redderet, si convaluisset donator, vel de praelio vel peregre rediisset, foret resolutiva conditio; si vero datum sit ita, ut si mors contigisset, tunc haberet, donatio suspenderetur.

Non desunt graves Scriptores, quibus unum tantum conditionum genus verum est, nempe suspensivarum. Resolutivas conditiones proprie esse inficiantur; adducto Ulpiano *d. l. 2. de in diem addict.*, qui emtionem, pacto in diem addictionis resolutivo affectam, puram esse, non conditionalem dicit. Ajunt, in casibus adjectarum emtioni resolutionum aut per in diem addictionem, aut per legem commissoriam, etc., duos vere geri contractus. Emtionem venditionem puram; praeterea contractum de resolvenda ipsa emtione, conditioni vere suspensivae alligatum, ita: Resolvetur emtio, si melior conditio offeratur, si pretium non solvatur, etc. -

Quibus, etiamsi subtiliter disputentur, suaderi non possumus. Quando duo constituta sint duobus separatis distinctisque consensibus, duos contractus esse, ultro fatemur. At quando duo quidem at uno consensu volita fuerint ita, ut non unum sine alio placuisset, unus profecto contractus dicendus est. Ita addita emtioni lege commissoria, aut in diem addictione, etc., pactum est contractui adjectum, quod negotio bonae fidei inesse, legem eidem dare, partem ipsius efficere constat (§ 4): ideoque de hujusmodi conventionibus tractatio in Codice est sub titulo *de pactis inter emtorem et venditorem;* et *lex* commissoria dicitur (adde not. a). Ecquid revera deest pactis hujusmodi, quominus conditionem per ea inductam credamus? utique enim existentiam emtionis venditionis alligant incerto futuro eventui; quae est conditionum indoles atque natura. Conditionum naturam habent: passim conditiones vocantur ab auctoribus juris, ab ipso quoque Ulpiano in *d. l. 2. de in diem addict.*: conditiones esse, negare non debemus. Neque turbat quod in *d. l. 2.* pura, non conditionalis emtio dicatur ea, cui in diem addictio apposita sit resolutive; modo quae diversa sunt rite distinguamus. Aliud est, resolutivam esse *conditionem* (quod qui neget rationi repugnaret, et legibus); aliud est, *conditionale negotium* technice dici posse illud, cui

talis adjecta fuerit. Uti fit saepe saepius in jure nostro, eadem vocabula tum generalem tum specialem habere significationem (cognatio, adoptio, notio, servitus, etc.); conditionalis contractus nomen reservatum est a romanis illi, qui suspensivam conditionem haberet. Scilicet intererat multum separare negotia, quorum praesens certus valor esset, ab aliis, quorum existentia praesens in incerto versaretur; his atque illis data sunt propria, sua, aliis rebus non communicanda nomina; *pura, conditionalia.* Cum autem conditiones resolutivae non praesentem gestae rei validitatem in incertum revocent, tum in tribuenda sede negotiis eas continentibus, puris haec accenseri debuerunt. Eo magis, quod suspensivarum conditionum usitatior est adhibitio adeo, ut saepe, conditionum nomine simpliciter usurpato, suspensivae significari soleant. Denique tam suspensivae, quam resolutivae, *conditiones* sunt atque dicuntur; intuitu frequentioris usus, majorisque efficaciae, conditiones suspensivae commune nomen facilius accipiunt, imo *contractus conditionales* hi tantum dicuntur, qui suspensivis afficiantur. De resolutivis conditionibus, quarum brevior tractatio est, antea loquamur, ut inde expediti ad longiorem de suspensivis deveniamus.

Nobilis quaestio est, quae circa conditiones resolutivas, magna animorum contentione, agitatur:

Vendita res est, conditione resolutiva adjecta, aut in diem addictionis, aut legis commissoriae, aut si displiceret, sive pretium a venditore restitueretur. Nec vendita solum, verum etiam tradita. Dominio, ita per traditionem acquisito, usus emtor alienat rem ipsam, ac distrahit; aut jura realia super eam constituit servitutis, pignoris, hypothecae. Porro existit resolutiva conditio; melior conditio offertur venditori, pretium ab emtore non solvitur, displicere ei res incipit, pecunia a venditore restituenda offertur. Quaeritur de alienationibus, juriumve realium constitutionibus, medio tempore ab emtore factis, perseverentne hae, an concidant?

Posuimus, emtorem inter ac venditorem non in simplici contractus atque obligationis relatione mansum esse; impletum fuisse contractum, traditam rem, translatum dominium. Certe quando post emtionem, resolutiva conditione affectam, traditio facta fuit; conditio eadem adjecta sive explicite sive implicite est traditioni, ut restituenda res esset, si melior offerretur conditio, si pretium non solveretur, si displiceret res, etc. Quamobrem in id convertenda est indago, ut videamus, translato cum conditione resolutiva dominio, quid, quantum, quousque transferatur. - Siquidem, hujusmodi translatione facta, resolubile vere dominium in emtore constitueretur, nempe affectum intrinseco vitio resolubi-

litatis (voce utor minus latina, at usu sacrata); tunc, existente resolvendi eventu, dominium ipso jure ab emtore discederet, et remearet ad venditorem, qui rem suam vindicare posset apud quemcumque possessorem. In hac hypothese quicquid interea alienatum ab emtore fuisset, quicquid juris realis translatum, resolubile ita esset, uti ipsum illud, a quo processerat, emtoris dominium; nemo enim plus in alium transferre potest, quam ipse habeat. Alienationes, constitutiones pignorum, hypothecarum, servitutum, per existentiam conditionis dissolverentur: obtineret illud, saepe, nimis, repetitum a pragmaticis; resoluto jure dantis, resolvi jus accipientis.

At non ita se res habet; hypothesis veritati non congruit. Translatum conditione resolutiva dominium non vere resolubile, non vere resolubilitatis vitio comminutum est, adeo, ut per existentiam conditionis ipso jure perimatur in emtore, revertatur ad venditorem. Obstat axioma romanum, non pactis et conventionibus, sed traditionibus transferri dominia, *l. 20. C. de pactis:* uti ab initio non a venditore in emtorem simplici contractus vi, sed traditione, dominium transmissum fuit; ita, existente resolutiva conditione, non sola pacti adjecti efficacia dominium ad venditorem redire potest, sed opus est nova, contraria traditione. - Ita in

mortis causa donatione resolutive composita, ut, si convaluerit donator, reddatur, convalescens donator non vindicat regulariter, sed condicit, *l. 12. de cond. causa data*. Et in nostris emtionis venditionis speciebus, re inemta facta, non vindicatione uti potest venditor, sed personali actione venditi, *l. 6. § 1. de contrah. emt., l. 4. pr. de l. commiss., l. 3. C. de pact. int. emtor., § 14. fragm. vatic.* (*a*). Quamobrem facta in nostris casibus traditione, absolutum ac plenum, non imperfectum dominium perveuit ad emtorem: ergo absoluta ac plena jura illorum sunt, qui ab eodem acceperint, non posteriore ullo casu resolvenda, non per existentiam conditionis. Revera in casu rei venditae ac traditae cum resolutiva, si displiceret, conditione, atque ab emtore deinceps pigneratae, pignora, si displicuerit res, non resolvi, textus apertus est, *l. 3. fi. quib. mod. pign. vel hyp. solv.* Simile est, quod, si res vitiosa venierit, pignore nectatur ab emtore, postea redhibeatur, pignora servantur, *l. 4. pr. eod. tit., l. 43. § 8. de aed. ed.* Ne quis ea consideratione turbetur, quod emtor, quando alienabat jurave in re constituebat, jam tum de restituendo in futurum eventum teneretur. Erat nam-

(*a*) Quod actio venditi detur firmat opinionem a nobis superius expositam, pacta in diem addictionis, etc., non diversum ab emtione venditione conficere negotium.

que simplex obligatio personalis, quae non rem, non dominium afficiebat: dominium, personalibus obligationibus superius, absolutum nihilominus manebat ac plenum, quod absoluta plenaque in illis jura generabat, qui exinde causam habebant. Sic, ut rem exemplo declarem, is, qui rem suam uni venditam, at necdum traditam, vendat deinde alteri. ac tradat insuper; violat certe quidem obligationem, qua tenebatur erga priorem; sed dominium, quo, a personalibus obligationibus separato, pleno absolutoque potiebatur, transtulit in alterum ex causa perpetua, a quo idcirco rem divellere emtor primus haud poterit, *l. 15. C. de R. V.*

Itaque regulare est in quaestione nostra, alienationes, constitutiones jurium realium ab emtore factas, existente resolutiva conditione, manere in validitate sua. Regulam tamen non raro a prudentibus temperatam fuisse reor. – Cogitatum est, durum esse, non reddi venditori, aut non integram reddi rem, quam resolutive distraxerat. Durius atque asperius, quam illud aliud *leg. 15. C. de R. V.* Ibi enim per venditionem secundam et traditionem turbatae justae spes primi ementis fuerant; verum spes hae numquam obligationis personalis limites egressae fuerant, numquam emtor primus fuerat dominus rei. At in casibus nostris dominus ipse fuit, qui, quando vendidit cum conditione resolu-

tiva, nonnisi lege tali carere voluit re sua, ut ea tunc prorsus inemta fieret: hanc ei, casu eveniente, non restitui, aut obtrudi gravatam servitutibus pignoribusve, satis inclemens est. Cogitatum id. Consideratum praeterea, regulam juris civilis de dominiis non ipso jure resolvendis, exceptionibus suis non carere. Ecce in legatis per vindicationem in quibus dominium ipso jure ad legatarium transferri constat. Pone legatum per vindicationem fuisse sub conditione suspensiva, *si navis ex Asia venerit, do lego.* Certe in hac specie non statim, pendente conditione, dominium erit legatarii, ne testatoris subvertatur voluntas. Refert Gajus *comm. II. § 200.* de dominio, cujusnam interea foret, fuisse disputatum in scholis veterum jurisconsultorum; Proculianis, nullius dominium esse dum conditio penderet, putantibus, affirmantibus Sabinianis, heredis esse; quorum sententia recepta est, *l. 12. § 2. famil. ercisc.* Verum si conditio existat, navis veniat ex Asia; prae vi ac natura legati per vindicationem, resolvitur ipso jure receptum hoc heredis dominium, atque ad legatarium ipso jure transfertur. Unde si, conditio dum pendebat, heres rem vendidit; cadit, existente ea, alienatio, ac potest ab acquirente vindicare legatarius, *l. 69. §. 1. de l. 1.*; si servitutem ille constituit, concidit servitus, *l. 11. § 1. quemadmod. serv. amitt., l. 105. de cond. et demonstr.*

Hisce, tam de rei aequitate, quam de exemplis, consideratis, aliquando a regulari nostrae quaestionis conclusione deflexum est; atque admissum, per existentem resolutivam conditionem reverti ad venditorem ipso jure dominium, ideoque distractiones ab emtore, juriumque realium constitutiones factas omnino subverti. Coeptum est a casibus, in quibus res ad praecepta juris civilis aliquomodo accommodari poterat. Elegans fragmentum est Scaevolae, *l. 31. de pign. et hyp.* Datus ager vectigalis fuerat ea lege, ut si post certum temporis spatium vectigal solutum non esset, fundus rediret ad dominum. Compertum est ex Gajo *comm. III. 145.* controversam apud veteres negotii hujusmodi fuisse naturam, alios ad emtionem venditionem retulisse, alios locationem conductionem perpetuam dicere maluisse; horum magis placuisse sententiam. Verum perpetuitatis istius vis effecit, ut in multis agri vectigalis possessor accederet habenti dominium; in rem actionem haberet, *tit. ff. si ager vectig. idest emph. petat.*; pignora, servitutes, constituere posset. Tale quid in specie Scaevolae contigerat; agri vectigalis possessor pignori nexerat illum. At inde per constitutum tempus solutione vectigalis cessatum est adeo, ut pronuntiatum sit «fundum secundum legem domi-« ni esse». Quaerebatur de pignoribus; evanuisse

ea, Scaevola respondit. Nimirum in re, ubi jam aequitas inclinabat, suffecit, quod possessor agri vectigalis non vere fuisset dominus; quodque non ita pronuntiatum esset, fundum esse restituendum; sed ita, fundum « domini esse ». Instaurata ipso jure domini in fundum plena potestate, pignora, antea a possessore constituta, perempta sunt.

Majora sunt, quae intulit aequitas Ulpiani praesertim, facilis quidem ac mitis jurisconsulti: adeo, ut si quod durum et asperum est, rem venditori integram, resolutivo casu contingente, non restitui, asperius duriusque ex adjunctis resultaret; regula mitteretur, dominium ipso jure ad venditorem reverteretur, quicquid interea emtor in re molitus esset dejiceretur. Placuit id Ulpiano in mortis causa donationibus. Etenim liberalitates suas hominibus nocumento esse, perquam iniquum est; inhumanum omnino, convalescenti, aut e praelio redeunti donatori non reddi rem, aut reddi comminutam. Hinc, licet in tali eventu actionem personalem donatori praescripsisset Paulus severior *l. 12. de cond. causa data;* Ulpianus prae lenitate sua ait, posse defendi in rem actionem competere, *l. 29. de mo. ca. donat.*, certe ad effectum alienationum medii temporis tollendarum (*b*). - Idem placuisse

(*b*) Ex hoc circa mo. ca. donationes recepto jure intelligitur opportunitas, qua Constantinus de revocatis ex capite ingratitudinis donationibus

puto de pacto in diem addictionis. Is, qui dum rem suam vendit, de ea inemta facienda paciscitur, si melior afferatur conditio, consulit certe sibi in casum majoris pretii adinventi. At si novo meliori obvenienti emtori rem, a primo alienatam interea, aut gravatam, dare non posset, aut non ita, uti promisit, liberam; pessima ipsi conditio generaretur, et quod justae commoditatis causa adjecerat, pactum verteretur in periculum et perniciem suam. Quare Ulp. *l. 41. pr. de R. V.* ait « post allatam conditionem jam non potest (qui « emerit) in rem actione uti », nempe, oblato vix pretio meliore, commissoque pacto, ab emtore dominium discedere, et vindicationem simul, quae dominii defendendi actio est: ipso jure venditoris proprietatem instaurari. Quare alienationes interim ab emtore confectae desinent valere; uti adamussim de constitutis in re pignoribus Ulp. ipse respondet, invocata etiam auctoritate Marcelli, in *leg. 4. § 3. de in diem addict.*, *l. 3. quib. mod. pign. vel hyp. solv.* (c).

expresse cavendum esse duxerit *l. 7. C. de revoc. donat.* « ante inchoatum « coeptumque jurgium vendita, donata, permutata, in dotem data, cete« risque causis legitime alienata, minime revocamus ».

(c) Similia de lege commissoris suaderi viderentur illis Scaev. verbis *l. 8. de l. commiss.* « *vindicari* debeant », et Alex. *l. 4. C. de pact. inter emt.* « *vindicationem* rei eligere ». Sed repugnat *l. 3. C. eod. tit.* « vindi-

His quae exposui exceptis, valet in omnibus aliis regula generalis, dominium non ipso jure resolvi, cum sua consequentia de servandis alienationibus, constitutisve interea pignoribus et servitutibus. Quamobrem in quaestione, an rescissa ex laesionis causa venditione per beneficium *leg. 2. C. de rescind. vendit.*, pignora servitutesque ab emtore constitutae, resolvantur, ultro accederem negantibus Bartolo, Fulgosio, Cujacio, Vinnio; licet non omnes hi bonis pro negatione sua rationibus usi videantur (*d*).

§ 14. *Conditio (Continuatio).*

Jam ad conditiones suspensivas, de quibus integer erit sermo posterior. - Quod scripserunt nonnulli, conditionis suspensivae vim eam esse, ut in

« cationem non habet ». Vindicationis vox in illis duobus locis improprie accipi debet pro persecutione qualibet, ut personalis actio includatur; quod aliquando usurpatum est in fontibus nostris.

(*d*) Quum integra regulae ratio consistat in romano axiomate, quod non sine traditionibus dominia transferri restituive possint; patet ratio, cur, axiomate ipso derelicto, Codex gallus atque italus contrariam in quaestione nostra regulam teneant. Nempe, existente conditione resolutiva, perimi jura pignorum ac servitutum, mediis temporibus data; *Cod. gall. art. 2125.*, et *ital. art. 1976.*, addito tamen « ad eccezione dei casi in cui « la legge espressamente dispone, che la risoluzione o la rescissione non « è operativa a danno dei terzi ». Casuum hujusmodi exemplum in *art. 1088.*

futurum eventum committat nativitatem obligationis, ac si conditione pendente nulla obligatio sit, semper displicuit nobis, dicentibus committi potius id in eventum futurum, ut firmetur obligatio, atque ex incertitudine anteriore certa reddatur. Egregie Paulus *l. 26. de stip. servor.* (*a*) de stipulatione conditionali pronuntiat « ex praesenti vires accipit stipu- « latio, quamvis petitio ex ea suspensa sit. » Petitio quidem ac praestatio est in suspenso ; nihil, conditione pendente, solvi debet aut potest, et immatura solutio per condictionem indebiti repetitur (*b*). At obligatio ipsa vires ex praesenti capit; quoniam non ita dictum est: *Promittam*, sed ita: *Promitto, si navis* etc., suscepta vera, praesenti, incerta licet et conditionali, obligatione. Hinc is, cui sub conditione debeatur, dicitur esse creditor, uti disserit Ulp. *l. 10 de V. S.;* non is, qui sub conditione debet, potest, invito alio, a contractu recedere; denique conditionales obligationes fidejussoribus datis firmari possunt, pignoribus, atque hypothecis. - Hisce consequitur, quod ea quidem, quae ad contractum validitatem sunt substantialiter necessaria, debent in conditionalibus eo, quo fiunt, tem-

(*a*) Est in *fragm. vatic.* § 55.

(*b*) Hoc intuitu, nihil interim deberi, Marcianus ait *l. 13. § 5. de pign. et hyp.*

pore omnino vigere, neque satisfiat, si tunc demum adesse incipiant, quando conditio existat. Exemplum in *cit. l. 26. de stip. servor.;* servum hereditarium nec sub conditione stipulari usumfructum posse. Etenim actualem ac naturalem personam, in qua utendi fruendique jus constituatur, adesse, adeo necessarium est, ac substantiale in stipulatione ususfructus, ut suspendi ea, et ad futurum tempus committi, nequeat; jamvero in hereditate veram ac naturalem deesse personam, nemo est, qui non videat. - Exemplum aliud in *l. 83. § 5. vers. sed haec, de V. O.,* rem hominum commerciis exemptam, ne sub conditione quidem in negotia posse deduci, nec ea, in quae deducta fuerit, firmari, si forte, conditionis existentis tempore, res in promercia hominum, mutato statu, deciderit « quia nec « praesentis temporis obligationem recipere potest « . . . nam de his rebus negotium recte gere« mus, quae subjici usibus dominioque nostro sta« tim possunt. » Objecti aptitudo substantialis est adeo in negotiis, ut etiam in conditionalibus praesens sit oportet. - At e converso potest stipulator, ut res propria sibi detur, conditionaliter interrogare; atque utilis est stipulatio, si quo existit conditio tempore res stipulatoris esse desivisset, *l. 31. de V. O.* Nempe quod res propriae promitti pure et simpliciter nobis non possint, haud

ex substantiali vitio manat reique ad commercium ineptitudine; at ex mero praestationis expediendae impedimento, quo fit, ut quod in nostro jam est, in nostrum inferri nequeat. Quum vero in stipulationibus conditionalibus ea, quae praestationem pertingunt, in suspenso sint; non mirum, si existens contrahendi tempore apud stipulatorem proprietas non vitiet, modo tunc, quando praestatio fieri debere incipit, sublatum hoc impedimentum sit.

Neque abest, quod conditiones existentes retrotrahi dicuntur. Verbum hoc *retrotrahi* (uti et alia similia *retroagi*, *retroduci*, etc.) adhibetur in jure nostro, ut praesens aliquid significetur, quod ad antecedens tempus remittatur. Hinc licet in hoc conditionum existentium puncto a fontibus nostris usurpatum haud inveniatur; merito ab Interpretibus adhibetur, ut id exprimant, quod juris civilis est: Existente conditione, in tali statu poni contrahentes, ac si pure et simpliciter ab initio contractum fecissent, *l. 11. § 1. qui potiores in pign.* Nimirum vel tunc, quando conditionaliter conveniebant, praesens erat ipsis contrahendi voluntas; minus certa tantum, quia ita volebant, si eveniret casus futurus incertus. Existat modo conditio; diluitur incertitudo, omnis funditus aufertur dubietas; explicat vim suam voluntas, ac si pure fuisset expressa.

Conditiones quoad originem suam aut *expressae* sunt, quas vox vel scriptura exponit; aut *tacitae,* quas volitas re vera fuisse declarat id quod actum est; aut *praesumptae* (tacitae et ipsae aliquando dicuntur), quas fuisse volitas fingit lex e moribus civitatis. Sic promissa ante nuptias dote, matrimonii ineundi conditionem tacitam (praesumtam) latere, textus Papiniani est *l. 68. de jur. dot.*

Sive expressa, sive tacita, sive praesumpta conditio sit, semper ab hominum aut vera aut ficta voluntate proficiscitur. Differunt ab unaquaque generales illae juris dispositiones, quibus fit, ut nisi eventus aliquis praecesserit, voluntas testamentaria, seu inter vivos negotium, ad executionem suam perduci non possit: hae conditiones quae *extrinsecus veniunt,* conditiones *juris,* conditiones quae *insunt,* dicuntur in *l. 21., l. 99. de condit, et demonstrat.* Ita in obligatione correali non unus e reis stipulandi petere potest, nisi petendo abstinuerit alius: ita in testamentis non heres voluntarius adit, nisi voluerit; neque legatarius assequitur legatum suum, nisi heres adierit hereditatem. - Si talibus dispositionibus juris vis atque efficacia inferendae conditionis daretur, nihil jam non conditionale superesset, nullus puris sive legatis, sive institutionibus, sive contractibus restaret locus. Pura hinc ea manent, quibus inhae-

rent talia; purae obligationes correales sunt, tum institutiones heredum voluntariorum, tum legata; nisi quid, quod in incertum eventum committat, superaddere contrahentes voluerint, vel testatores. Gravis consequentia in legatis; ut, si antequam aliquid ex his jure necessariis existat, legatarius decedat, ad heredes transmittat; in conditionali legato diversum omnino jus fore, manifestum est.

Si id, quod de jure generali exercitium actus suspendit, a contrahentibus vel testatoribus conditionali verborum conceptione exprimatur; quaeritur, an tunc conditionis naturam atque indolem accipiat. Correus stipulandi interrogavit: Dabis si correo non dederis ?, aut scripsit testator heredem voluntarium ita: Titius heres esto si volet, aut legatum tale: Gajo do lego si heres mihi aliquis erit. Purane isthaec, an conditionalia esse censentur ? - Voluntati hominum, qui ex eventibus quibuscumque, scilicet ex veniente navi, ascensoque Capitolio, conditionem sumere et componere possunt, non repugnat, quominus illas juris dispositiones, ad sua negotia, suaque testamenta, translatas in conditionis verae naturam deducant. - At animadversum est, solere homines ea, quae sponte fluerent, exponere sedulo in actibus suis declarandi melius, ac demonstrandi animo; tum illas in contractibus vel testamentis ad-

jectiones exprimere, non novae efficaciae inducendae causa, sed monendi, quando exercitio juris locus futurus sit. Quare statutum in genere, hujusmodi additiones pro supervacuis haberi, frustra fieri, *l. 12. de cond. instit.* etc. (*c*) - Verum ab hujusmodi additionibus supervacaneis scite separandae sunt hae, quae inutilitatis speciem quamdam habent, at vere novitatem, adeoque conditionem, adducunt. Disputatur de stipulatione: Si petiero, dabis. Non desunt qui inutilem expressionem illam credant, eodem jure judicandam, quo habentur caeterae juris universalis factae in contractibus repetitiones. Utuntur ratione, quod invitus nemo ad petendum accedere possit; praeterea textu in *l. 48. de V. O.*, stipulationem: Cum petiero dabis, non esse conditionalem. - At meliori calculo Donellus non superfluam adjectionem eam esse defendit, futuram ex ea conditionalem stipulationem; adhibens Ulpianum *l. 69. de cond. et demonstr.*, legato hoc: Titio, si voluerit, do lego, conditionem injunctam videri. Eccur ita? Curnam legatum hujusmodi, si voluerit legatarius, conditionale esse pronuntiat Jurisconsultus? nosque cum Donello stipulationem, si voluero, dicimus

(*c*) Explicatur ita *l. 19. de V. O.* Stipulantibus reis duobus: Fundum illum, si illi (correo) non dederis, mihi dare spondes? admittit Pomponius, ut statim agi possit quasi pure stipulatum sit; meliorem futuram esse ait conditionem occupantis agere.

conditionalem? Initium sit a legato. Fuit controversum in veterum jurisconsultorum scholis, utrum, legato per vindicationem scripto, dominium legatario quaereretur, nondum scienti atque volenti, an ad tempus scientiae et voluntatis translatio dominii differretur: prima Sabinianorum, secunda Proculianorum sententia fuit. Quamvis aetate sua Proculianorum magis opinionem praevaluisse videri, Gajus referat *comm. II. 195.;* tamen Paulo, Ulpiano, et compositoribus Pandectarum, Sabinianorum sententiam placuisse, constat ex *sent. III. 6. 7., l. 44. § 1., l. 81. § 6., l. 86. § 2. de leg. 1.*

Itaque quando testator, Sabinianorum inspecta opinione, scripsit ita legatum: Si legatarius voluerit; non id inducere cogitavit, quod jam flueret e jure generali, imo diversum quid et contrarium, ne scil. legatarius nancisceretur legatum, nisi sciens ac volens. Non supervacua dispositio fuit, sed nova, atque ingerens legato conditionem. Haec ita ex fragmentis Gaji, jurisconsulti e schola Sabinianorum, *l. 65. § 1. de leg. 1., l. 69. de cond. et dem.* (*d*). –

(*d*) Mirum est quod in *l. 69.* invocetur auctoritas Proculi. Aut vitium compositorum est: aut forsan Proculus, quando adversus scholam inimicam disputabat, illud saltim concedendum sibi dixerat, quod etiam adversariorum opinioni conveniret, nempe non extemplo acquiri legatario dominium, si testator expressisset illud, si voluerit. Partem hanc disputationis Proculi, a Gajo relatam in lib. 13. ad l. Jul. et Papiam, compositores retulerunt, utpote quae juri, quod ipsis arridebat, conveniret.

Quoad stipulationes animadvertendum est, ex his, quae pure ac simpliciter concipiantur, confestim jus obligationis acquiri stipulatoribus, ac late erraturum qui crederet, tunc denique jus nasci, quando petitio a stipulatore proponatur. Igitur, adjecto illo, si petiero, non repeti universalia jura, novum imo induci, quod negotium conditionale faciat, concludendum est. Revera, si a juris disputationibus ad facta nos, ususque hominum conferamus, tunc ita, si petiero, stipulamur, quando dubitantes, quin tempore futuro pecuniae sit obventura necessitas, jam nunc stipulando providemus, conditionem tamen faciendae petitionis apponimus, ne praesens pecunia forte solvatur inutili nobis, atque incommoda interdum festinatione. Certe quando non conditionem: *Si* petiero, expressimus, at solum: *Cum* petiero dari, diximus; facile praesumitur, non conditionem nos voluisse fieri, sed admonitionem quamdam, quo celerius et sine mora solvendam pecuniam in promptu habeat promissor, *l. 48. de V. O.*

Denique observandum est, expressas per verba conditionalia generales juris dispositiones, non e logices ulla necessitate, sed tantum ex usu et consuetudine contrahentium, demonstrationes tantum actorum ac monitiones continere videri, conditionum vi atque efficacia destitui. Quare si in factorum adjunctis probetur, eos, qui talia adjecerint,

vere conditiones efficere exinde voluisse, habentur pro conditionibus, advertente Ulpiano *l. 19. § 1. vers. nisi forte, de cond. et demonstr.*

Una restat in hoc articulo exagitanda quaestio: Sunt in jure nostro actus, qui pure ac simpliciter componi debent adeo, ut per appositam conditionem vitientur: pone, hujusmodi actibus adjectum conditionalibus verbis aliquid fuisse, quod jam jure civili tacite induceretur: quaeritur, utrum vitium inferatur adjectione tali, an supervacua ea, nulliusque momenti, uti solet, habeatur. Vitiari actus, sententia est Savigny, invocantis regulam, quod expressa nocent, non expressa non nocent. Exempla affert, eademque argumenta opinionis suae. Pater, exheredationem scribens filii sui, pure eam ac simpliciter concipere debet, ne per additam forte conditionem ipsa destruatur. Fuit qui ita exeredavit: Filius exheres esto, si heres erit Titius. Titius autem erat unicus, qui testamento ad hereditatem vocabatur. Expressum est a testatore id, quod est in jure civili; quippe, repudiante Titio, destitutoque testamento, neque exheredatio, neque aliud quicquam tabulis adscriptum posset consistere. Attamen vitiari exheredationem, ait Pomponius *l. 68. de hered. instit.*, enucleata regula illa, expressa nocere, quae non expressa non obfuissent. - Acceptilatio adjectas conditiones non patitur, qui-

bus appositis valere non potest, *l. 77. de R. I.* At si conditionalis stipulationis facta acceptilatio fuerit, inest acceptilationi ipsi tacite eadem, quae obligationem afficit, conditio: cujus juris eam Savigny reddit rationem, quod, conditione pendente, non existat obligatio, quae accepto possit haberi. Jam stipulationi conditionali, *si navis ex Asia venerit,* subjecta si fuerit acceptilatio, repetita expresse conditione eadem: *Acceptumne habes, si navis ex Asia venerit?;* utique illud, quod tacite subreperet, exprimitur, at acceptilationem vitiari, pronuntiat Papinianus *d. l. 77. de R. I.,* repetito principio de tacite recipiendis his, quae aperte comprehensa vitium afferrent. – Opinione sua fragmentis istis firmata, concludit Savigny, jus romanum, subtilitate nimia, magis formae rerum, quam veritati atque substantiae dedisse.

Quod nota hac romanum jus, ex animi sententia, purgandum experiar; rogo, ne de majore, quam par est, patrii decoris charitate reprehendar. Nimirum longe diversa nobis in praesenti quaestione opinio est; qui tenemus, expresso per conditionis formam placito juris civilis, negotium conditionis impatiens non idcirco vitium accipere solere. Etenim si probatum est, adjectiones hujusmodi conditionibus efformandis ordinario pares non esse, at impensiorem tantum admonitionem continere vi-

deri; idem ratione longe validiore tenendum est, sicubi conditio effecta actui necem inferret. Cum non legibus contraria voluisse censendi sint homines, horumque actus accipi debeant magis ut valeant, quam pereant *l. 12. de reb. dub.* Fugisse videtur ratio haec doctum germanum; item textus in *l. 6. § 1. de tutelis.* Quum enim tutores a magistratibus sub conditione dari nequeant, *l. 77. de R. I.;* proposita specie dationis hujusmodi, *si satisdederit*, qua id repetebatur quod jure civili defluebat, valere eam Ulpianus ait, reddita ratione solita « non conditionem in se habere, sed admonitio- « nem, non aliter ei tutelam committi quam si « satisdederit ».

Sunt in fragmentis a Savigny invocatis singulares omnino rationes cur expressio nocuerit. - Ex Ulp. *l. 19 § 1. de cond. et dem.* ostendimus, quod si ex universali juris dispositione, in actu enunciata, conditionem reapse fieri voluisse demonstretur, conditio utique esse, ac censeri possit. Odio exheredationum puto fuisse introductum, ut addito his per conditionalia verba generali placito juris, eligeretur interpretatio, quod conditio fuerit inducta, atque ita impatiens conditionum exheredatio concideret. Secus ac in tutelis, quarum cum nullum certe sit odium, solita acceptio retenta fuit, ceu vidimus, ut non conditio esset, at admoni-

tio (*e*). Igitur quando Pomponius in *l. 68. de heredib. instit.*, expressa nocere, non expressa non nocere, disserebat; non significabat, nuda simplicique expressione, rerum mutari substantiam; quod fallax et cavillosum fuisset. Sciunt romani, hoc unum esse humanae vocis officium, ut ea, quae in cogitatione consilioque versantur, promat atque exerat. Quare uti ea, quae in actibus suis tacito jure veniunt, cogitare et velle, hominibus licitum certe est; ita eadem exprimere, permissum sit oportet. Ac valet notissima regula, eamdem vim esse taciti atque expressi. Tunc a tacito expressum separatur, et quod non expressum non noceret, potest expressum nocere; quando constet, idcirco ad exprimendum devenisse homines, quia diversam vim dare ipsa expressione vellent actui suo, quam quae tacite induceretur. Sic si pater nude ac simpliciter exheredavisset, heredis existentia nihil aliud fuisset, quam *postulatum* juris civilis, ut ad effectum perduci exheredatio valeret, at non conditio quidem certe. Quod si expresserit illud, si heres sit; creditum est odio exheredationum, *conditionem* facere exprimendo voluisse. In expressione agnitum est quid novum ac plane diversum a

(*e*) Odium exheredationum diversum in ipsis, ac in tutelis, jus identidem suasisse patet ex *l. 2. de liber. et posth.* cf. *l. 16. § 1. de testam. tut.*

tacito; conditio adamussim, quae vitiat exheredationem.

Haec ita de *leg. 68. de hered. inst.* Ut fragmentum aliud in *leg. 77. de R. I.* probe intelligatur, memoranda ratio est, cur non sub conditione accepto haberi queat. Acceptilatio, quae in substantia sua nihil aliud est, quam ab obligatione discessio, fit tamen per imaginariam solutionem « habesne acceptum? » *Gaj. III. 169.* Ex hac solutionis imagine exclusa est acceptilatione dierum et conditionum additio, *l. 4. 5. de acceptil.*; neque enim solutiones accipere diem aut conditionem possunt. Hinc praeterea flueret, quod stipulationes conditionales in acceptilationem afferri nequirent, quia conditionalis quaeque obligatio solutionem, uti supra notavimus, non admittit. Sed incommodum id nimis, atque utilitati communi adversum fuisset, non posse legitimo acceptilationis modo a stipulationibus etiam conditionalibus recedi; invenienda methodus erat, qua his ad acceptilationes aditus aperiretur. Quid tum postea? Scite ac providenter constitutum est, quod si stipulationi conditionali, si navis ex Asia venerit, subjecta foret acceptilatio; eadem huic conditio tacite subesse conseretur. *l. pen. de fidejuss., l. 12. de accept., l. 77. de R. I.* Ita beneficium acceptilationum productum est ad stipulationes conditionales; salva autem servata sunt

ea, quae exterior illarum figura, imaginaria scilicet solutio, exigebat. Tacite enim subveniens conditio incolumem relinquit exterioris formae puritatem. Praeterea impedit, quominus extemplo vim suam exerat acceptilatio; quod pariter solutionis forma, cum natura conditionalium obligationum collata, non pateretur. - Pone jam inter eos, qui conditionalem stipulationem, si navis ex Asia venerit, habuerant, gestam fuisse acceptilationem, expressa conditione, ita: Habesne acceptum, si navis venerit ex Asia? Oppugnat solutionis figuram acceptilatio talis; atque universae illudit providentiae juris civilis, qua conditionum tacita illa inductio fuit excogitata. Jure hinc meritoque reprobatur, *l. 77. de R. I.* Itaque acceptilationem talem non substineri, utique in forma rerum et figura habet rationem; at justam eam quidem ac necessariam: nisi quis formam acceptilationibus praescriptam, imo universa, quae per fictiones aut per solemnitates jure antiquo valuerunt, inepta atque absurda esse comminiscatur (*f*).

(*f*) Adde (§ 47). - Novatio non solutionis figura expeditur: sed continet veram creditoris satisfactionem, et quamdam in solutum dationem. Itaque potest veteri obligationi substitui obligatio, expressa conditione affecta; nihil enim obstat, quominus creditor sit nova hac conditionali, quae ipsi placeat, obligatione contentus. Quod si prior obligatio esset conditionalis; tunc concipi sub conditione eadem deberet alia quae subjicitur; ac si forte

Ab objecto, de quo concipiuntur, divisionem conditiones capiunt, et *potestativae* ab Interpretibus, *casuales*, *mixtae* nuncupantur. Potestativae (nomen est a latinis scriptoribus perraro pronuntiatum) dicuntur illae, quae implendae committuntur voluntati ejus, cujus exinde jus sive obligatio dependet; casuales, quae eventui fortuito; mixtae, quae eventui tali simul, atque illius voluntati. Conditio sit necne potestativa, factorum potius inspectis adjunctis constitui debere, quam praepositis exemplis posse definiri, Savigny docet egregie. Illud etiam, quo uti solemus, exemplum: Si Capitolium ascenderit, casualis conditionis potest continere naturam, quando vinculis in praesentia teneatur is, in quem verba illa fuerint collata. Tenendum est, non si grave iniri discrimen, non si nimia superari difficultas debeat, potestativam esse conditionem; talem esse tunc demum, quando actuosa prompti hominis opera implendo sufficiat.

Non ideo, quia potestativae utiliter adjici possunt, valet conditio, quae puram putam contineat ejus, qui debiturus esset, voluntatem: *Si voluerit.*

pure expressa fuisset, tacite tamen recipit ipsam. *l. 8. § 1. de novat.* Non ex forma ratio est, uti in acceptilatione, sed ex substantia rei: nam conditionales obligationes quoad praestationem in suspenso versantur, *l. 26. de stip. serv.*, satisfactionem nullam praesentem recipiunt. Acceptilatio vere satisfactionem non continet, novatio est satisfaciendi modus. Vid. (§ 46).

Ad hoc enim, ut vel inviti contineantur homines, sunt obligationes introductae; plenitudine libertatis relicta, ratio obligandi ipsaque notio evanescit. Quare stipulatio ita concepta non valet, *l. 108. § 1. de V. O.*; uti nec legatum aut fideicommissum substinetur scriptum ita, *si heres voluerit, l. 11. § 7. de l. 3.* - At vigilant jura nostra, ut hominum actus, qua fieri possit, substineantur. Si non illa diserta vox, *si voluerit*, adhibeatur; at *si arbitratus fuerit*, aliave similis, *si aestimaverit*, *si putaverit, si videbitur;* non raro actus ex integro valet. Habet enim *arbitrii* nomen duplicem significationem, propriam quidem, quae certe voluntatem plene liberam exhibet; at minus propriam praeterea, qua arbitrium boni viri exprimitur, nempe voluntas, quae ita exeri debeat, uti bonus vir exerendam judicaret. In testamentis ultimarum voluntatum favore fit, ut improprium hunc accipiamus intellectum, invocatum heredis *arbitrium* ad arbitrium boni viri flectamus; volendique libertate cohibita, legatum ac fideicommissum substineamus, *d. l. 11. § 7. de l. 3.* Idemque ut praestemus in negotiis bonae fidei, facilior horum ac veluti mollior natura patitur, *leg. 22. § 1. de R. I.*, arg. *l. 7. pr. de contr. emt.* At in rigida stipulationum forma, quae improprias verborum intelligentias gravate ferret, proprium verbi significatum servari debere,

statutum est, atque, in arbitrium rei promittendi collata conditione, stipulationem non valere, *l. 17. de V. O.* (*g*).

Quod si non pura ac simplex voluntatis expressio a debitore facienda, at exterior ipsius, voluntarius licet, actus in conditionem deducatur, potestativa haec conditio est, quae omnino servatur. Valet legatum ita, si heres Capitolium ascenderit, *l. 3. de l. 2.*, ubi nulla, quam aliqui suspicantur, interpolatio subest: valet promissio talis, si Capitolium ascendero, dabo, *l. 115. de V. O. per tot.* Non enim effraenis relinquitur debitori libertas; ei, si praestationem velit vitare, una via est, quae non ad Capitolium ducat; superato enim semel Capitolio, vel invitus atque obtestans tenebitur. - Excipiendum tamen esse arbitror, nisi forsan actus quidem debitoris extrinsecus comprehensus sit in conditione, verum talis, qui, et an existat, et quomodo, pendeat a voluntate ipsius, imo etiam an expletus atque perfectus vim ullam atque efficaciam sit habiturus. Late nimis patens, debitori relicta libertas obligationem convelleret. Exemplum Ulpianus suppeditat *l. 7. pr. de contr. emt.* Ser-

(*g*) Exceptae sunt promissiones ex causa dotis factae in *l. 69. § 4. de jur. dot.*, *l. 3. C. de dot. promiss.* Jam ante Justinianum in stipulationibus dotalibus facile rigor deserebatur.

vus actor, nempe administrator dominicae rei, venditus a domino est sub conditione, si rationes domini computasset arbitrio. Ex arbitrii ambigua voce ait Ulpianus fieri, ut bonae fidei negotium ita gestum possit valere, scilicet quia non pro libero domini, sed pro boni viri arbitrio interpretamur « nam si arbitrium domini accipiamus, venditio « nulla est: quemadmodum si quis ita vendiderit, « *si voluerit* ». Cur ita? nonne enim exterior actus debitoris, nempe probatio subducendarum rationum in conditionem deducta fuit, quae possit voluntaria omnino esse in debitore, uti illud, si Capitolium ascenderit? Scilicet si arbitrium propria plenae libertatis significatione acciperetur, liberum fuisset venditori servum ad rationum redditionem admittere; nec satis, verum etiam in unoquoque reddendarum rationum capite subsistere; neque satis adhuc, at supputatis ex integro rationibus denique nolle probare, atque infectam rem reddere. Secus in alia, si Capitolium ascenderit, conditione. An ascendat, liberum; at non quomodo ascendat, utpote quod ipsa rerum natura determinat; ascensione autem perfecta, nihil in voluntate, nihil in libertate manet.

Diximus de conditione in debitoris voluntatem collata; antea dixeramus de ea, quae in voluntatem creditoris referretur, si voluero dabis. Pauca de ter-

tiae personae voluntate subjiciamus. Diversa testamentorum atque contractuum causa est. Quominus heredis institutiones sive legata in plenam aliorum voluntatem per conditionem, si Titius *voluerit*, possint committi; ipsa testamentorum conficiendorum natura vetat, *l. 68. de hered. inst.* Nam uti paterfamilias legem dicturus esset, ita jus fore, leges XII tabularum sanxerunt; nostri, non alieni animi sententia debet in testamentis manifestari. Haec ita nisi ambigua vox, si Titius *arbitratus fuerit*, adhibita, eaque, in testamentis pro boni viri arbitrio accipienda, tertiae personae voluntatem cohibere videatur; quo casu heredis institutio, legatumve, valet cum conditione sua, *l. 25. § 10. de acquir. vel omitt. hered.* Aut nisi actum Titii exteriorem, quamquam voluntarium, non autem nudam voluntatis emissionem conditio contineat, utputa, si Titius in Capitolium ascenderit; nam non nimis effraenate invocata Titii voluntas incolumem actum relinquit, *d. l. 68. de hered. inst.* - Nulla in contractibus ratio viget, cur tertiae personae liberiori voluntati committi nequeant. Hinc non solum b. f. negotium, verum etiam stipulatio, ita, si Titius arbitratus fuerit, composita substinetur, *l. 43. 44. de V. O.* Unum inter utraque negotia discrimen; quod si in b. f. contractu fuerit tertiae personae invocatum *arbitrium*, de more illud pro

boni viri arbitrio accipimus adeo, ut si iniquum fuerit prolatum corrigi debeat, *l. 76. seqq. pro socio.* Quin actus tertii alicujus extrinsecus bene deducatur in contractum ita, si Titius ascenderit Capitolium; dubitat nemo.

§ 15. *Conditio (Continuatio).*

Quum non conditio sine incertitudine eventus futuri concipiatur; non illae, in quas eventus aut praeteriti, aut praesentis temporis inductus fuerit, verae conditiones dici possunt. *Conceptae* hae, aut *collatae in praeteritum*, vel *praesens*, dicuntur, ex. gr. si Titius fuit Consul anno superiore, si Consul est anno praesente. Efficaces quidem sunt adjectiones hujusmodi, ex eo enim, quod factum comprehensum existat necne, validitas rei gestae dependet; at praecipua deest nota conditionum, nulla suspensio locum habet, *l. 100. 120. de V. O.*

Incertitudinis etiam defectus est, cur non sint verae conditiones, quarum certus omnino sit exitus, quaeque idcirco *necessariae* solent nominari. Sive positive conceptae fuerint ita: Si fulserit die crastina, sive negative: Si Titius caelum digito non tetigerit; nullum momentum habent; purum id ac simplex, cui appositae fuerint, restat negotium, *l. 9. § 1. de novation.*

Neque magis verae conditionis nomen illae merentur, quae, cum omnino existere non possint, *impossibiles* dicuntur, incertitudine usque deficiente. Aut positive, si Titius caelum digito tetigerit, aut negative, si Titius numquam morietur, exprimatur conditio; deest manifeste in eo, qui ita promisit, sese obligandi voluntas; est imo deficientis voluntatis vivida quaedam expressio: quare contractus nullus omnino est, *Gaj. III. § 98., § 11. I. de inut. stipul.* - At si non servandi contractus hujusmodi ratio in ipsa voluntate consistit; quî fit, ut adjectae heredum institutionibus, legatisve, conditiones impossibiles non vitient actum? Imo ipsae pro non adjectis habeantur ita, ut institutio aut legatum purum esse ac simplex censeatur, *§ 10. I. de hered. instit.*? annon ita uti in contractibus, est in testamentis necessaria voluntas? magisne in illis, quam in his voluntatis defectus operatur? - Inter varias, quae productae sunt, conjecturas, ecce quid similius vero tentari posse putarem. Gravem rem Sabiniani, atque irreparabile damnum observaverunt, si id, quod testamento sub conditione impossibili scriptum inventum esset, dejiceretur, auctore jam mortuo, atque ad reficiendum inepto. Contractus ob impossibilem conditionem vitiatos posse adhuc a viventibus renovari. Praeterea liberalitatis animum regere testamenta; adeo ut non improba-

bile esset, eum, qui sub conditione reliquit, etiam sine conditione fore largiturum. Denique interdum, tum in testamentis maxime, conditiones haud impletas non hereditatis adeundae, non acquirendi legati, facultatem adimere (§ 17). His, atque aliis forsan similibus rationibus, eo adducti Sabiniani sunt, ut impossibilem conditionem pro non adjecta haberent in testamentis. Quod quidem in facti speciebus circumstantias, magis ad persuadendum accommodatas, exhibentibus primitus forte admissum, in sententiam generalem pedetentim deductum est. At Proculiani haud moti illis, quae vere responsione sua non carerent, rationibus, atque voluntatis defectui, per ipsam impossibilis conditionis expressionem patefacto, inhaerentes, non magis heredis institutiones aut legata, quam contractus ac stipulationes, servari posse credebant. Atque, ad rigorem rationis collata re, adeo Proculianorum firmior sententia videtur, ut Gajus Sabinianorum, qui erant ei « nostri praeceptores », non nimis opinionem defendendam suscipiat; imo fateatur, testamenta inter ac stipulationes in hoc articulo « vix idonea diversitatis ratio reddi po« test », *comm. III. 98.* Lenior tamen illa, quae videbatur, sententia Sabinianorum habuit apud Justinianum favorem, *d. § 10. I. de hered. instit.;*

atque ipsam jandudum Ulpiani aetate obtinuisse patet ex *l. 3. de cond. et demonstr.* (*a*).

Impossibili conditioni solet comparari turpis, quae scilicet bonis moribus legibusve repugnet. Instituta a Papiniano *l. 15. de cond. inst.* comparatio valet eatenus, quatenus per conditionem adjectam quis ad facinora, sive lucri propositione, sive evitatione damni, excitetur. Ex. gr.: Si inimicum illum tuum occidero, dabis? aut: Dabis, si inimicum meum non occideris? - Hae quidem conditiones jure impossibilium censentur; vitiant contractus, *l. 137. § 6. de V. O.*, in testamentis pro non adjectis habentur, *l. 14. de cond. inst.* - Secus est, si quid, inhonestum in conditione exprimatur,

(*a*) Non satis firma regulae hujus de testamentis origo ex ipsa limitationum facilitate apparet. Si filio heredi instituto impossibilis aut inhonesta sit imposita conditio, cadit institutio, atque ab intestato admittitur filius, *l. 15. de cond. instit.* - Sunt conditiones, quae non absolute sed ob adjuncta rerum impossibiles evadunt: ex. gr. legatum scribitur, si Stichum manumiseris, aut, si nupseris Gajo; Stichus, aut Gajus jam tempore testamenti condendi erat defunctus. De his etiam conditionibus, ut pro non scriptis in testamento haberentur, recepta Sabinianorum sententia fuit, *l. 6. § 1. de cond. et dem.* At si post conditum testamentum, licet ante mortuum testatorem, Stichus vel Gajus obiisset, aut post testatorem mortuum, sed ante apertas tabulas; non ex eo, quod omnino impossibile esset adimplementum, impossibilis conditio, legati substinendi causa, dicta est, perimi imo ob defectam conditionem legatum placuit, *l. 23. § 2. ad l. Aquil.*, *l. 31. de cond. et dem.* - Aliquid tantum, et vix quidem, libertatum favore mitigatum est, *l. 39. § 4. de statutib.*

non ita tamen, ut quispiam alliciatur ad illud. Dabis vestem tuam, si eam quae furto surrepta mihi fuit, non receperim? turpe furti factum inducitur; illicitur nemo; stipulatio omnino servanda est. - Valebit majore ratione conventio, si ita in conditionem deductum sit facinus, ut non modo non excitetur quis ad patrandum, verum etiam, *poena* minitante, avertatur: veluti in specie *leg. 121. § 1. de V. O.*, ubi maritus uxori promisit, si concubinae, tempore matrimonii, consuetudinem repetiisset. Actionum inhonestarum non admittendarum officium tum stipulator agnoscit tum promissor. Firmant illud, superaddita poena; omnia ad honestatis praecepta gesta sunt.

Valde diversum est, si conventio actum inhonestum ita contineat, ut *lucrum* ei, qui abstinuerit, paret. Promitto tibi, si res a te ipso surreptas indicaveris, si non furtum feceris, non divum sacra legeris, si res apud te depositas reddideris.* Abest prima facie, conventionibus hujusmodi turpitudo; quoniam non suadere scelera, sed removere videntur; inest tamen vere, quia officii quamdam denegationem continent: unde illud Ulpiani *l. 7. § 3. de pactis* « si ob maleficium, ne fiat, pro« missum sit, nulla est obligatio ex hac conventione ». Et re quidem vera conventionem talem comparemus illi, qua poena facinoribus imponatur. Is, qui

poenam, si forte deliquerit, spondet se soluturum, ut in specie *leg. 121. § 1. de V. O.*, ultro sese ad abstinendum agnoscit obligatum, servandaeque obligationi dispositum exhibet; id modo agens, ut aliam personam, cujus intersit, securam de propria innocentia faciat. At ille, qui ne faciat maleficium, sibi vult promitti pecuniam, haud obligationi anteriori implendae dispositam sese habere declarat voluntatem, cui quidem determinandae lucri et nummorum contemplationem requirit; diffitetur is proprium officium, in quo conventionis macula ac turpitudo est (*b*). - Novimus esse, qui diverse rem explicent,

(*b*) Iisdem rationibus efficitur, ut, si non promissa tantum, sed data etiam, ne maleficium fiat, pecunia sit; danti competat condictio ob turpem causam, *l. 2. § 1. 2., l. 4. § 4. vers. quod si, de condict. ob turp. caus.* Dubitandi ratio: At si turpe fuit accipere, dare etiam turpe esse debuit, ob ipsam actus, quo datur accipiturque, unitatem; atqui turpitudo cum est tum dantis tum accipientis, condictio denegatur, *l. 2, C. eod. tit.* Resp: Condictio non competit, quando uterque sit « in pari causa » turpitudinis, *d. l. 2. Cod.;* ex. gr. quando, ut maleficium ab accipiente admittatur datum sit, *l. 3. de cond. ob turp.* Longe major in casu inhonestas ejus est, qui pecuniam, quod non furatus fuerit, quod depositum reddiderit, exigit; quam ejus, qui, cum desiderio servandae rei suae promisisset, solvit; par causa non est, locus est condicendo. Attamen si, publici ordinis ratione, dationem aliquam, ad id, ne fiat maleficium, directam prohibuerint, atque delicti nota affecerint leges; tantum ipsa quoque datio pondus accipit turpitudinis, ut danti sit deneganda condictio. Exemplum in *l. 2. § 2. eod. tit.*, ubi diversam Ulpianus corrigit sententiam. Cf. *l. 1. C. de poena judic. qui male judic., l. ult. C. ad. l. Jul. repetund.*

atque conventiones, quibus ne fiat maleficium promittatur, idcirco dicant invalidas, quia periculum subsit, ne forte, is, qui se ita obligaverit, vitandae solutionis causa excitet inde, alliciatque ad facinus stipulatorem suum. Vani quidem periculi nimius hic timor est. Qui enim ne delinquatur promisit, sua, delictum non fieri, interesse demonstravit; atque apud se magis esse, ne delinquatur, quam ut promissa servetur pecunia. Praeterea quod condictio ob turpem causam non competat, nisi cum *detur* ob turpem causam, compertum est, *l. 1. de cond. ob turp. caus.*; tum quod locum non habeat, si non accipientis unius sed utriusque turpitudo sit, *l. 3. eod. tit.*; minime vero si dans potius quam accipiens peccaverit, *l. 4. § 3. eod. tit.* Jam, si illorum ratio veritati constaret; ex parte promissoris, non autem stipulatoris, turpitudo aut turpitudinis periculum adesset. Insuper si stipulatore delictis abstinente, ad pecuniae promissae solutionem deveniret promissor, nulla certe in datione aut umbra aut terriculamentum inhonestatis superesset. Denique condictio ob turpem causam dari non posset. Attamen datur (not. b). Scilicet non ea est, quam circumjiciunt, conventionis atque dationis turpitudo; intimior est, quam descripsimus, in obligationis praecedentis implicita recusatione; ea, ne promitti, ea, ne tuto accipi possit, facit.

Itaque si promissum aut datum fuerit in id, ut maleficio quis abstineat, obligationem, qua jam tenebatur, adimpleat, promissio non tenet; datum repetitur condictione ob turpem causam. Obligationem, inquam, adimpleat. Si enim quis propriam alienae servandae vitam in discrimen adducturus, pecuniam sibi promitti curet, obscurabit is quidem rei gerendae splendorem; at praecedentem, quae non adest, obligationem non agnoscens, nihil quod turpe sit admittit: promissio valet, neque repetetur datum.

Praeterea et si promissum fuerit ea conditione, ut existens quidem obligatio servetur, sed talis, cui defendendae jus civile actionem utiliter adhibendam non praestituit, non vitiosam promissionem esse affirmamus, non id, quod ex ea datum fuerit, posse condici. Ex. gr. si promissa in id vel data pecunia sit alicui, ut deperdita, aut ab alio, non ab ipso, surrepta res indicetur, *l. 4. § 4. de cond. ob turp. caus.* Is, qui rei alienae deperditae surreptaeve, sine labore aut impensa, notitiam habuerit, non probe praemium exigit indicii sui, quod prae boni civis officio ultro debuisset afferre, arg. *l. 43. § 9. de furtis.* At civile jus, quod idoneam extorquendo officio actionem non dederat, pati debuit, ut rei dominus, cui non ipsum provideret, sibi per promissiones atque dationes qualiter qualiter consule-

ret. Improvida nimium fuisset lex, utile remedium actionis non praestans, ac praeterea damnans promissiones tales, aut (quod redit in idem) impletas eas revocari posse concedens. Hoc intuitu turpitudo in promissionibus dationibusque talibus agnita non est (*c*).

§ 16. *Conditio (Continuatio) - Quandonam conditiones existant, quando deficiant.*

De conditionibus restat ut videamus, quandonam *impletae* sint, ut negotium confirmetur, quandonam *deficiant*, ut negotium jam omni validitate careat.

Brevis de casualibus responsio est, quod, si eventus conditione comprehensus existat, conditio quoque extitisse, si autem ille deficiat, defecisse pariter conditio dicitur.

Implexior longe est de potestativis deque mixtis tractatio. Quam ineuntes monemus, necessita-

(*c*) Adeo haec vera sunt, ut qui nobis est mos proclamandi deperdita, promisso indicii aut inventionis praemio, fuerit etiam veteribus. Constat de graecis, apud quos praemia hujusmodi εὕρετρα vocabantur. De nostratibus, rem a Petronio indicatam, manifestat proclamatio in pompejano pariete depicta « Urnannia (urna aenea) pereit de taberna: sei quis retu- « lerit, dabuntur HS. LXV.: sei furem (indicaverit), dabitur duplum. « Avario ».

te rei declarandae fieri, ut contractus committere testamentis debeamus; tum nos nomine conditionum potestativarum fere usuros, quo, ne nimium eadem repetamus, mixtas etiam, quae paribus principiis regi solent, interdum significabimus.

Praeponendae nonnullae e ratione regulae, quas fontibus nostris congruere, posterior disputatio declarabit. – Aliquando quis contrahendo, aut heredem instituendo, scribendove legato, adjicit conditionem, non ideo quia ab alio contrahente, ab herede, a legatario, impleri conditionem vult aut cupit; sed solum quia non aliter e re sua esse judicat contrahere, instituere, legare, quam in illum futurum eventum. Continuum id est in conditionibus casualibus; quae quoniam non contrahentis, non heredis, non legatarii voluntate reguntur, absurde adjicerentur animo, ut is ad executionem excitaretur. Identidem ita fit in conditionibus potestativis aut mixtis. Est alicui filia aut cognata; promittit ei, vel legatum scribit, si nupserit. Ponamus e facti adjunctis constare, non in promissoris vel testatoris votis esse nuptias tales; aut etiam, innotescere illi, feminae, etiam promissione sua legatove carenti, bonas matrimonii occasiones non defuturas. Hisce positis, apertum est, conditionem scriptam non fuisse ideo, ut ad nuptias hujusmodi quispiam alliceretur; sed solum con-

sideratum fuisse a promissore vel testatore probabilem futuri matrimonii casum, ut ferendis oneribus suam conferret pecuniam (*a*). – At e contra conditio potestativa contractui aliquando, interdum testamento, adscribitur eo consilio, ut is, cui fuerit imposita, implendae adducatur: quo casu promissionis, institutionis, legati objectum, praemium est impletae conditionis, aut non impletae poena. Pamphilum, servum alienum, amore prosequor adeo, ut liberum eum esse cupiam. Jam contraho cum domino ipsius, vel promittens: Si Pamphilum manumiseris, dabo (praemium), vel stipulatus: Si Pamphilum non manumiseris, dabis (poena). Aut eum scribo heredem ita: Heres esto, si Pamphilum manumiserit (praemium), vel ita: Heres esto; si Pamphilum non manumiserit, Titio centum dato (poena) (*b*).

(*a*) Speciem hanc esse videbimus *leg. 45. § 2. de l. 2.*

(*b*) Ante Justinianum *poenae nomine* relicta proprie dicebantur, ac nulla erant, legata illa, quae adversus heredem, negotia resque proprias non ita, uti testator praecepisset, administrantem, minas constituebant; quae quidem praecepta immodica visa sunt, atque impotentia, veteribus: ex. gr. *si filiam suam in matrimonium Titio collocaverit*, vel *non collocaverit*; si *servum Stichum alienaverit*, vel *non alienaverit*, decem dato, *§ ult. I. de legat.;* add. Theophil. in paraphr. At etiam olim ea legata valebant, quibus heres multaretur, si justo testatoris jussui non obtemperasset. Plura in Pandectis exempla prostant; *l. 6., l. 27. de cond. et*

Siquidem imposita conditio sit, sine implementi desiderio, nullum adsignari potest contractus inter ac testamenta discrimen. Separantur contractus a testamentis, quando conditio eo consilio fuerit adjecta, ut facti comprehensi executio obtineatur. Is, qui ad contrahendum accedit, id unum agit, ut quod sua interest curet. Quare si negotio conditionem addat eo etiam, ut impleatur, desiderio; instituit vere rationem damni, quod alius contrahens, impleta conditione, passurus sit, ac propriae respondentis utilitatis, tum detrimenti quod sibi, deficiente conditione, sit obventurum; porro in contractum tale objectum inducit, tantam ex. gr. pecuniam, quanta damno, utilitati, detrimento tali possit congruere. Denique e contractuum indole non est, ut ille remuneratorem agat bonae voluntatis alienae, vel ultorem inobedientiae. Vult ille quidem factum, quod in conditione comprehendit, obtinere; id omnino, atque unice desiderat. – At in testamentis testator, quasi legislator factus *(uti legassit)*, id agit, ut benemerentibus sibi praemia tribuat, illos vero, qui voluntati suae non paruerint, poenis, quibus potest, persequatur. Quare si dispositionibus suis conditionem adscribat eo animo, ut

dem., *l. 1. § 8. ad l. Falc.*, *l. 19. quando dies leg.* - Justiniano constituente, etiam priora illa valent.

adimpleri debeant, det e bonis suis adimplenti, e non adimplente detrahat; curat, ut voluntati suae praestetur obsequium (c). Praemii ac poenae nomina testamentariis dispositionibus plene conveniunt; in contractibus impropriam tantum ac relativam habent significationem. Praestans haec atque amplior ratio conditionum in testamentis considerandarum, regulam generavit « in conditionibus primum locum vo« luntas defuncti obtinet, eaque regit conditiones » *l. 19. pr. de cond. et dem.*; « in conditionibus « testamentorum voluntatem potius quam verba con« siderari oporteat» *l. 101. pr. eod. tit.* In contractu extiterit necne conditio, quaerentes, expressionem, qua inducta ea est, inspicere; in testamento autem considerationes illas, quibus inducendo motus testator fuit, investigare debemus.

Tractationem de existentia, defectuque conditionum potestativarum, hae, quas proposuimus, regulae universam declarant. – Ponamus primo loco conditionem positive conceptam, nimirum de faciendo: si Pamphilum manumiseris, si centum Titio de-

(c) Vid. interea *leg. 84. de cond. et dem.* « in obsequio fuerunt. » - Principiis hujusmodi regitur *cautio muciana*. Modo heres, vel legatarius obsequium voluntati testatoris praestandum in tuto poneret, atque caveret: admissus est ante existentem potestativam negativam, impositam ipsi conditionem. Nihil in contractibus simile: existentiam conditionis ad hoc, ut agi possit, omnino expectamus.

deris, si Gajo nupseris, si Capitolium ascenderis. In contractibus quandoque eventus contingat, manumittatur Pamphilus, dentur Titio centum, nuptiae fiant cum Gajo, Capitolium superetur, existit conditio. Id expressio ipsa evincit: Si Pamphilum manumiseris, si centum Titio dederis, etc., dabo. Id etiam ejus, qui ita contraxit, voluntas. Etiam enim si ipse conditionem addere voluerit talem, cujus implementum desideraret, tamen in contractibus nunquam aliud considerari vidimus praeter obtentum eventum. Eventu igitur obtento, nihil esse potest, cur conditio defecisse dicatur. Nullum re vera in jure nostro fragmentum est, quo in contractibus aliud quidquiam, praeter existentiam eventus, ad conditionis implementum requiratur.

In testamentis conditiones, additas sine voluntate ad obtinendum implementum directa, a conditionibus cum implementi desiderio adjectis, distinguamus oportet. Si indifferens fuerit de existentia vel defectu conditionis voluntas, redit jus idem atque in contractibus; eventu quomodocumque contingente, dicitur impleta conditio. Quamobrem in superius allata specie patris, qui, carens animo cujuspiam ad nuptias alliciendi, filiae legatum sub conditione scripserit, *ubi ea nupsisset* (scilicet si nupsisset, bene aequiparante Cujacio); si forte fiat, scriptarum tabularum tempore abfuisse filiam, eam-

que, testatore ignorante, matrimonium jam inivisse; existit certe conditio, quin officiat, nuptias a filia prius initas fuisse, quam conditionem a patre scriptam novisset; ideo legatum debetur, *l. 45. § 2. de l. 2.* (*d*). Adamussim uti in conditionibus casualibus observatur, *l. 2., l. 11. § 1. de cond. et demonstr.*

Sed si ea voluntate potestativae conditiones addantur a testatore, ut implementi praeceptum inducat, praemium obedientibus, recusantibus poenam paret, denique obsequium sibi praestandum curet; tunc non sola existentia comprehensi eventus leges nostrae satisfiunt. Pone legatum alicui fuisse, si decem dederit, si Capitolium ascenderit, implementi obtinendi consilio; legatarium vero ignorantem testatoris judicium, vivo ex. gr. adhuc testatore, dedisse fortuito decem, vel Capitolium ascendisse; pro impleta conditio non habetur, neque enim ulla facta fuit obsequii praestatio, cujus ratione dignum lega-

(*d*) Adde *l. 10. pr., l. 68. de cond. et dem.* - Diverse praesumitur, quando in conditione certum ac determinatum exprimitur matrimonium, *si Anthylli filio nupsisset*. Testatorem enim nuptias illas voluisse, et legatum praemii causa dedisse, censemus; non de eo tantum cogitavisse, ut oneribus, quae aliis etiam matrimoniis communia forent, provideret. Arg. *l. 5. § 5. quando dies leg., l. 1. C. de inst. et subst.*, de quibus sermo erit deinde (§ 17)- Denique exempla sunt, quae theoriae explanandae causa adhibentur; adjunctis singularum specierum dandum est pondus in praxi.

to illum reputavit testator. *L. 2. de cond. et dem.* « nam ut *paruisse* quis conditioni videatur, etiam « scire debet hanc conditionem insertam: nam si « fato fecerit, non videtur *obtemperasse* voluntati »: *l. 11.* § *1. eod. tit.* « in hoc fiant, ut testamento « *pareatur* ». - Quare conditiones potestativae, positive conceptae, difficilius in testamentis, quam in contractibus existunt.

Quid de conditionibus negative, scil. de non faciendo, compositis? Stipulatum fuit: *Si Pamphilum non dederis, Si Capitolium non ascenderis, dabis centum?* - Constat, disputavisse veteres in definiendo existentis conditionis tempore. Siquidem putabat Sabinus, existere conditionem, vix ac dari potuerit Pamphilus, potuerit ascendi Capitolium; datus Pamphilus, Capitolium superatum non esset. Pegasus e contra, manendum esse, donec Pamphilum dari, Capitolium ascendi, possibile esset; conditionem tunc denique existere, quando, per mortem ex. gr., amplius dari ascendive non posset. Jure meritoque placuit Pegasi opinio, *l. 115. per tot. de V. O.* Etenim, etsi forte ponamus, additam ea voluntate ac desiderio conditionem fuisse, ut daretur Pamphilus, aut celebris clivi ascensio fieret; tamen, uti probavimus, in contractibus desiderium hoc non excedit meram appositi eventus existentiam. Dictum est sine ulla temporis praefixione:

Si Pamphilum non dederis, si non ascenderis Capitolium, centum dari: donec eventus desideratus, ita uti fuit expressus poterit existere, ratio non est, cur centum petantur. - Limita; nisi aut ex ipsa conditionis expressione, aut ex eo quod actum est, intelligatur, implementum fuisse volitum, cum prima obvenisset opportunitas. Idque apprime contingit, quando initium a pura stipulatione factum sit: *Pamphilum dare spondes?* atque conditionalis subdita : *Si Pamphilum non dederis , centum dare spondes?* Etenim manifestum est, contrahentes tunc voluisse committi stipulationem alteram , quando primae non satisfieret; jamvero ex prima, pura quidem ac simplici, illico debetur; mora igitur dandi Pamphili implementum conditionis continebit. In hujusmodi casibus Sabini sententia vera est, *d. l. 115. § 2.*

Quoad testamenta dubium non est, quin si a puro legato coeptum sit: *Uxori meae penum heres dato,* ac postea subjectum: *Si non dederit, centum dato* (*e*), impleta conditio sit, ac peti legatum pecuniae queat, statim ac in praestatione penus le-

(*e*) Disputatum est inter prudentes , an in tali specie legatum solum esset de centum , ac penus simpliciter in praestatione esset. Praevaluit opinio, quod duo essent, quamvis connexa, legata, *leg. 1. § 8. ad l. Falc., l. 24. de cond. et dem.* Diversae sententiae, quae videtur fuisse Sabinianorum, vestigia sunt in *l. 1. de penu leg., l. 19. pr. de cond. et dem.*

gatae moram iniverit heres, *l. 24. pr. de cond. et dem.*, *l. 1. § 8. ad l. Falc.* - Verum etiam tunc, quum solum conditionale legatum scriptum est, si modo appareat, voluisse testatorem id ab herede impleri, quod conditione continebatur, legatumque in poenam inobedientiae scripsisse; existit conditio vix ac obsequium praestari potuit, neque praestitum est. Nec enim solus recusans, sed etiam cunctator debito deficit obsequio, isque poena dignatur. Perspicuum est in *l. 20. § ult. de statulib.* exemplum; ubi testatoris de obtinenda, in conditionem deducta manumissione evidens erat judicium (*f*).

(*f*) Circa conditiones positivas: Si Capitolium ascenderit, si servum manumiserit, etc., heres esto, vel do lego; diversae juris dispositiones esse videntur. Plures, de variis hujusmodi conditionibus tractantes, textus aperte significant, non per simplicem in adimplendo cunctationem deficere conditionem, sed implendi, quandocumque libuerit, facultatem esse scripti heredis aut legatarii, *l. 5.*, *l. 23. § 1. de her. inst.*, *l. ult. de cond. inst.*, *l. 4. pr. de reb. auct. jud.*, *l. 1. de curat. bon. dando*, *l. 10. § 7. de statutib.* Unum est in *l. 29. de cond. et dem.* Juliani fragmentum, quod implementum immediatum exigat. Sed aut cum Cujacio legendum est « si in « Capitolium *non* ascenderit »; aut intelligendum cum Merillio juxta eas praetoris dispositiones, de quibus aliqui loquuntur e textibus allegatis; aut forsan Sabinianorum, ad quos pertinebat Julianus, nimium rigorem memorat, ei similem, quem Papinianus in *l. 115. § 2. de V. O.* condemnat. - Ratio discriminis inter conditiones illas, atque negativas, de quibus in textu loquor, in eo potest assignari; quod, aliqua adjecta ex conditionibus illis positivis, actus sumit praemii pro faciente characterem; negativis autem additis, quales in textu exhibui, actus poenam exhibet contra

- Quocirca conditiones potestativae negativae facilius in testamentis, quam in contractibus existunt.

§ 17. *Conditio (Continuatio) - Quandonam conditio vere deficiens pro impleta habeatur.*

Per easdem inter diversa, quibus conditiones apponuntur, consilia, tum testamenta inter atque contractus, distinctiones, gravis quaestio solvitur: An et quando conditio vere deficiens pro impleta habeatur in jure civili.

Pax est inter Scriptores de regula prima, ab Ulpiano relata *l. 161. de R. I.:* In testamentis prius, atque, ad testamentorum exemplum, in stipulationibus « receptum est, quotiens per eum, « cujus interest conditionem non impleri, fiat, « quominus impleatur, perinde haberi, ac si im- « pleta conditio fuisset » Exceptis casibus, quibus in justum, non immodicum arbitrium debitoris con-

non facientem. Jamvero gravior longe atque efficacior voluntas est ejus, qui homini jam beneficiis alligato, ex. gr. heredi, jubet, ut faciat, atque a non faciente eripit; quam ejus qui hominem nondum beneficiis obstrictum, praemio proposito, ad faciendum allicit. Culpa est in illo, qui beneficio affectus, ac poenae minis adactus, moratur tamen; ejus autem, qui praemio simpliciter illectus cunctatur, peccatum non est. Caeteroqui de nimiis damnosisque cunctationibus providet praetor, ceu loca superius indicata declarant.

ditio conferatur (§ 14), displicet, in ejus, qui obligaretur, voluntate consistere, sit necne ipse in debito. Quamobrem, si relicto legato sub ea conditione, ut dentur centum heredi, heres oblata centum accipere detrectet; si, promissa mihi pecunia sub Pamphili manumittendi conditione, promissor Pamphilum subtrahat ita, ut manumitti nequeat; legatum debebitur, committetur stipulatio. Exprimit regulam hanc ipsam Festus *v. statuliber* « Si « per heredem stet, quominus statuliber praesta- « re possit quod praestare debet, nihilominus liber « esse videtur». Et haec quidem regula in casualibus etiam conditionibus potest obtinere. Promisi, si navis intra mensem ex Asia venerit: machinationibus meis effeci, ne navis intra mensem appelleret; deficit conditio, at perinde habebitur, ac si impleta fuisset.

Digladiantur Scriptores circa conditiones, maxime mixtas, an habeantur pro impletis, si non per ejus, cui impositae fuissent, voluntatem, quominus implerentur stetit, verum per voluntatem tertiae personae, quae implendo concurrere debuisset, aut per casum fortuitum. Non qui affirment desunt, non qui negent, non qui rem distinguendo dirimendam esse arbitrentur. Memorabilis prae caeteris recens quaedam opinio, quae ita se habet: Negatur generaliter pro impleta in adjunctis hujusmodi haberi debere con-

ditionem. Adjiciuntur exceptiones duae. Amplior prima exceptio proponitur de casibus, quibus in utilitatem atque emolumentum tertiae personae collata conditio fuisset, eadem autem persona complemento obstitisset. Per ejus, cujus intererat, renuntiationem, superfluam videri debere conditionem, pro impleta habendam eam esse, seu pro non adjecta. Nulla in hoc puncto fit testamentorum a contractibus distinctio : quod autem fragmenta, de testamentis frequentissima, de contractibus taceant omnino, accidentale ac fortuitum dicitur - casus nempe rarior, quam ut probabilis dici queat -. Subjicitur exceptio altera singularis in libertatibus sub mixta conditione relictis : hanc, prae libertatis favore, haberi pro impleta, si complemento exterior quaelibet causa obstaculum paravit, modo servus media exequendae conditioni habuisset disposita. - Textus, quos allegant, iidem ipsi sunt, quibus sententiae nostrae probandae nos sumus usuri ; horum idcirco vera, quae esse videatur, intelligentia tunc demonstrabitur.

Interim solita, quam veritatis studium excusat, libertate notamus, ampliorem illam, quam proponunt, exceptionem neque rationi neque fragmentis congruere videri. Qui enim initium argumentationis ex ea ducunt consideratione, quod conditio ad emolumentum tertii alicujus adscripta sit, in hac, quam

inivere, via perseverare debent; atque concludere, actum ipsum conditionalem, contractum, legatumque, quando tertius ille utilitati propositae nuntium miserit, fine suo videri posse destitutum. Contrarium omnino exceptioni propositae deduceretur; cadere nimirum actum illum debere, qui jam ratione existendi facile careret. Quoad textus, utar interim *leg. 5. § 5. quando dies legator.* Imposita legatario conditio, si Sejam uxorem duxerit, a testatore fuit; Seja noluit ejus conditione uti; legatarium admitti posse, ait Ulpianus; quin distinguat, utrum Sejae favore apponeretur conditio, an potius ipsius legatarii, quem ad matrimonium, quod conveniens videretur, suadere testator forte voluisset. Planius argumentum ex *l. 54. § 2. de l. 1.* Titio do lego si Damam manumiserit. Moritur testator; porro etiam Dama, ita ut manumitti a Titio non potuerit. Conditionem, scriptam licet favore Damae, non recusatione hujus, sed morte, defecisse constat. Exceptione adversariorum semota, regula ipsorum generalis faceret, denegandum foret legatum; sed imo conceditur a Pomponio « quia per te non stetit quominus perveniat ad libertatem ». In evidens fragmentum manus correctrices inferunt adversarii. Ingenium laudantes violentiam reprobamus, qua abstinendum prorsus est in disputationibus nostris.

Distinguendum potius videtur ita. Siquidem conditio sine directo complementi desiderio addatur aut contractui aut testamento; tunc, excepto primae regulae casu ex *l. 161. de R. I.*, nunquam verus. defectus ejus fictione juris suppletur. Cum enim solus spectetur, ceu probavimus, eventus; obligatio aut legatum, eventu haud contingente, adversus ipsam contrahentium aut testatoris voluntatem servaretur. Denique ratio nulla est, cur conditionem hujusmodi a casuali distinguamus. Quare, ut rem exemplo declarem, facta Sejae si nupserit promissione, scriptove legato, in talibus rerum adjunctis, quibus nuptias a promissore aut a testatore desideratas non fuisse appareat; injusta equidem atque avara Seja esset, si pecuniam peteret obtentu, quod nuptias contrahere tentavisset, neque profecisset; idque oneribus expers captaret, quod onerum matrimonii substinendorum causa paratum fuerat.

Quod si complementi voluntate conditio imponanatur ita, ut contractus vel testamentariae dispositionis objectum pro non implente poenam, aut praemium exequenti contineat, causam stipulationum a causa testamentorum credimus esse separandam.

Stipulatum est ita: *Si Pamphilum non dederis mihi*, vel *Titio, dabis centum?* Stipulatio dicitur poenalis. In contentione Scriptorum putamus, Pamphilum datum esse, non credi ac fingi debere;

promissore licet probante, per se quominus daretur non stetisse, sed per casum tertiaeve personae voluntatem. Neque obstat stipulationis poenalis denominatio, quasi non ei poena irroganda sit solvendorum centum, qui non peccasset. Dictum enim est (§ 16), in hujusmodi contractibus poenae nomen improprie tantum accipi, quandoquidem non ea contractuum est indoles, ut pervicaciam alienam puniamus, sed patrimonium nostrum curemus. Poenam in stipulationibus repraesentare id quod interesse poterit stipulatoris, conditionem defecisse (*a*). Atque ita explicari potest *l. 43. ex quib. caus. majores.* Stipulatus fueram a Titio centum, si certo tempore *Romae non fuerit* (alii legunt, *fueris*): contigit tempore constituto Roma abfuisse Titium, haud tamen voluntate sua, sed necessitate compulsum, Reipublicae causa. Ei Africanus dat in integrum restitutionem ex capite absentiae. At, poena proprie intellecta, Titius, qui ob necessitatem, qua e civitate avulsus

(*a*) Poenam ad id quod interest relatam vide in *l. 8.*, *l. 9. si quis cautionib.*, *l. 28. de act. emti*, *l. 44. de usur.*, *l. 2. § ult. de V. O.* « sed « qui non sunt prohibiti doli mali exceptione submovebuntur ». - Textus, in quibus poena ab interesse distinguitur, ex. gr. *l. 23. de O. et A.*, *l. 38. § 17. de V. O.*, accipiendi sunt ea significatione; quod, ut poena in stipulationibus conventionalibus commissa dicatur, non sit a judice per altiorem, uti ajunt, indaginem investigandum, intersit necne actoris in facti specie. Maxime quia indaginibus hujusmodi adamussim vitandis poenae a contrahentibus solent praestitui.

fuerat, nihil peccaverat, de jure communi ac ordinario centum non debuisset; non ipsi extraordinario in integrum restitutionis remedio opus fuisset (*b*).

Similiter si, obtinendae manumissionis desiderio, promissum sit ita: Si Pamphilum manumiseris, dabo; manumittendi conatus pro manumissione habendos esse, nullibi traditum est. Quia non eo, ut bonas voluntates remuneremur, diriguntur contractus, praemii nomen improprie adhibetur, respicitur exitus. - Quare in contractibus, praeter regulam in *l. 161. de R. I.*, nullus alius casus est, quo conditionem vere non impletam perinde habere possimus, ac si impleta fuisset.

At in testamentis, ubi, conditione implementi obtinendi desiderio adjecta, poena et praemium vere ac proprie intelliguntur (§ 16), diversae prorsus tenendae sunt conclusiones. Fac, jussisso testatorem, ut alicujus arbitratu fieret ab herede monumentum, si non fecisset, hunc oneravisse legato. Heres, modo omni se inobedientia purum esse demonstret, atque arbitratum ex eo obtineri non posse, quod is, cujus arbitrium est, non vivat, vel adesse non possit, aut rei arbitrari nolit, poena legati liberatur. Non

(*b*) Africani fragmento, per alias cumulatas decisiones implicito, variae datae sunt interpretationes. In puncto, quod respeximus, nostra allis verior esse videtur.

recusavit obsequium; *poena* debet vacare, *l. 6. pr. de cond. et dem.*

Pone institutionem heredis aut legatum *praemium* continere praestiti obsequii. Titius heres esto, aut Titio centum do lego, si certas nuptias, ex. gr. cum Seja, fecerit (§ 16. not. d), si Gajum adoptaverit, si Maevio dederit, si statuas in municipio posuerit. Si per obstacula, quae Seja, aut Gajus, aut Maevius, aut municipium paraverit, conditio non potuerit impleri, hanc pro impleta posse haberi, passim constituitur, *l. 3., l. 11., l. 23. de cond. instit., l. 14., l. 101. de cond. et demostr., l. 5. § 5. quando dies legat., l. 1. C. de inst. et subst.* - Temperat tamen Marcellus *l. 23. de cond. instit.* addito verbo « plerumque ». Etenim in legatis quidem, quae poenam inobedientiae continent, heredi, ut relevetur, propriae innocentiae, atque obsequii etiam negativi, sufficit probatio: at in institutione vel legato, quod praemium bene merentis contineat, non abstinuisse proderit honorato: sed positivum propriae observantiae actum demonstret necesse est, quo meruerit praemium. Poenas enim abstinendo peccatis vitamus, praemia bonis meremur operibus. Itaque in hujusmodi institutionibus legatisque non simplex exterius, quod probetur, obstaculum sufficiet, ut perinde ac si extitisset, habeatur conditio; idque tunc demum reti-

nebitur, quando honoratus facta sua positiva demonstraverit, quibus quantum in ipso erat, impleri conditionem curavisset. Id ex legibus supra relatis erumpit, in quibus oblationes ab eo, qui honoraretur, positive factae ad implendam conditionem, manifeste indicantur. Adde *l. 31. de cond. et dem.* Tractat Africanus speciem, ubi persona, cui sese matrimonio conjungere, vi appositae legato conditionis, legataria debuisset, mortua ante apertas tabulas fuerit, adeo, ut honorata non solum non conditioni parere, sed ne ad implementum quidem operari quicquam potuerit. Positivis, quibus praemium merita sit, deficientibus actibus, legatariam conditione defectam Africanus excludit (*c*). - In *leg. 41. ex quib. caus. majores* speciem exhibet Julianus legati ita scripti: Si mortis suae tempore in Italia esset. Eo tempore legatarius reipublicae causa abfuit. In integrum restitutionem ex capite absentiae jurisconsultus ei profuturam affirmat, qui idcirco exclusus fuerit legato. Ergo remotus a legato erat e jure communi, quamquam nulla ejus, quod abesset, culpa foret: scilicet quia praestiti obsequii positivis factis destituebatur (*d*).

(*c*) Concinit *l. 4. C. de cond. insertis.* - Vid. (§ 15. not. a).

(*d*) Similis decisio est in *leg. 3. § 31. de S. C. Silan.* - Conf. etiam *l. 23. § 2. ad l. Aquil.* - In *leg. 112. § 1. de cond. et dem.* Pomponius,

Quamobrem non in libertatibus tantum sub conditione relictis, at in omnibus conditionalibus sive institutionibus sive legatis, modo praemium obse-

etsi interpretationes benignas adhibeat, dimidium tamen legati non servat, quod parti conditionis non impletae respondebat. Mora in legatario nulla erat; at ne quidem actus positivi tentatae executionis. Adde *l. 40. pr. de cond. et dem.* « cum ad parendum conditioni *ire velles, ire prohibuerit*, nec per te « staret quominus agendo ob calumnias eum summoveas ». - *L. 84. pr. eod. tit.* cf. *l. 20. § ult. de alim. vel cib. leg.* « si conditioni paruisset, « doberi et post mortem », et *l. 30. § 5. de l. 3.* « *si ambo Capuae ha-* « *bitassent*, legatum matri debitum iri ». - Rarus aliquis locus, ubi factorum, qualia descripsimus, non expressa est neque indicata necessitas, supplenda est justa interpretatione. Sic in *leg. 54. § 2. de l. 1.* supponi debet, servi mortem tunc contigisse, quando legatarius exequendae manumissioni omnia praeparaverat.

In praxi, quae actibus varias perquam figuras dare solet, potest contingere, institutionem heredis, aut legatum, conditionem implementi desiderio appositam continens, non praemii puri pro simplici obsequio characterem offerre, at mixtam habere, praevalentem aliquando, exitus omnino obtinendi voluntatem. Tunc praemii similis intellectus est illi, quem in contractibus descripsimus. Annuum legatum cuidam reliqui, si cum filiis meis morabitur. Non difficile probari poterit, voluisse me omnino filiorum meorum utilitati consulere, quibus cohabitatio illa sit profutura. Tum nonnisi per veram atque actualem cohabitationem conditioni satisfiet; mortuisque ex. gr. liberis, annuum legatum cessabit, quamvis per annorum anteriorum observantiam facta obsequii positiva sint praestita. Repeto, theoriam praxi per casuum singulorum discretionem applicari debere. Ita cum citatis *l. 20. § ult. de alim. vel. cib. leg.*, *l. 30. § 5. de l. 3.* componenda est *l. 10. pr. de ann. legat.* In *leg. 84. de cond. et dem.* distinctio exponitur. In dubietate factorum solitus hujusmodi conditionum in testamentis character observatur; obsequium desideratum praecipue censetur, rescribente ita Antonino Pio *l. 1. C. de legatis, l. 13. § 1. de alim. vel. cib. leg.*

quio contineant, pro impleta habetur conditio; quando honoratus, sese tentavisse et non profecisse demonstret. - Fuit in libertatibus singulare, ut deberentur, modo servus demonstraret, conditionis defectum ab obstaculo exteriore omnino processisse, ac praeterea sese implere conditionem potuisse. Relicta Sticho, sub conditione decem Titio praestandorum, libertas debetur; si, Titio post conditum testamentum defuncto, probet Stichus, non potuisse ob mortem dari, ac praeterea, decem, quae darentur, apud se fuisse. Consulenda *l. 94. pr. de cond. et demonstr.*, maxime vero *l. 20. § 3. de statulib.*; quae cum expositis principiis plene concordant.

§ 18. *Diei adjectio.*

Duobus modis potest conventionibus adjici terminus. *Ad diem*, quoad vivam dare spondes? Usque ad Kalendas dare spondes? : terminus finalis obligationi, primordius liberationi. *Ex die*, Kalendis dabis?: terminus primordius debito praestationis, finalis autem dilationi concessae.

Terminum *ad diem* adjectum non ipso jure liberationem afferre, compertum est; quoniam non tempus erat inter modos solvendarum obligationum legitimos. Potuisse stipulatorem, ejusve heredes in allatis exemplis. post Kalendas. post mortem.

agere ex stipulatu ; promissorem uti tantum potuisse exceptione pacti conventi , aut doli mali , *l. 44. § 1. de O. et A.*, *§ 3. I. de V. O.*

Inducto in conventionem termino *ex die*, oritur statim eaque certa obligatio , uti certum est Kalendas fore adventuras; petitio differtur, ac debitum solutionis. *Cedit dies* statim, non usque ad terminum *venit*. Qua quidem obligationis certitudine fit , ut si ante diem solvatur, efficax plene solutio sit , neque ad repetendum detur condictio indebiti, *l. 16. § 1., l. 17. de cond. indeb.*

De diebus loquor , ac terminis certo venturis. Si enim talis adscribatur dies, de quo omnino, an veniet, incertum sit , cum Consul fiet, cum nupserit; vera est sub diei figura conditio.

Quod si de die, quam constat fore venturam ; quando veniet , dubitetur : manet *ex die* obligatio , non efficitur conditionalis : Cum moriar , dabis? Cum morieris dabis? Abest enim absoluta illa quae conditiones efformat, incertitudo, *d. l. 16. § 1., d. l. 17. de cond. indeb.* - Non parum differt causa testamentorum. Legato ita scripto: Cum morietur (heres) dato ; pro conditionali habetur , adeo ut pro regula legatorum conditionalium, mortuus ante venientem diem legatarius ad heredes non transmittat , *l. 69. § 1. de cond. et dem.* Etenim in legatis dies adjectus pro conditione habetur, quan-

do duo simul extrema concurrant. Primo, quod aliqua adjectae diei sit incertitudo, nempe quando ventura sit (a): deinde quod contingere possit, ante venientem diem decedere legatarium ita, ut, veniente postea die, primi ad percipiendum legatum sese offerrent successores ipsius, quos quidem non amavit, non elegit, non cognovit testator. Quum enim in testamentis benefaciendi, remunerandique voluntas, personali amori cohaerens, praevaleat; tolerari non debuit, ad tales, quos testator non honoravit, legatarii successores primitus pervenire legatum: ideo legatum pro conditionali habitum est, ne, mortuo ante diem venientem legatario, fieret transmissio. Ambo autem extrema certe concurrunt in casu *d. l. 79. § 1.*; etenim tum incertum est tempus, quo scriptus heres erit moriturus; tum fieri potest, heredi ipsi praemori legatarium. Atque hinc est, cur e contra legatum, cum legatarius ipse morietur, relictum, non habeatur pro conditionali; etsi enim primum incertitudinis extremum renovetur, at deficit aliud; cum possibile non sit, sibimetipsi praemori legatarium, *d. l. 79. pr. de cond. et dem.*

(a) Hinc est, quod tempus, vel diuturnum, legato additum non pro conditione habetur, modo constet venturum illud et quando. Ex. gr. Kalendis Januarii centesimis; *l. 21. pr. quando dies legat.*

Adjecto contractui termino *ex die*, favore debitoris apposita dilatio fuisse videtur: neque is judicio compelli potest, donec ea ex integro expleta non sit, *l. 9. pr. de R. C.* Nisi aut ex contrahentium verbis, aut ex eo quod actum est, appareat, diem pro creditore additam fuisse, *l. 122. pr. de V. O.* Quae notissima memoravimus, quia in quaestionibus sequentibus continuo prae oculis sunt habenda.

Graviter quaeritur: Adjectum contractui fuit temporis spatium, seu majore seu minore dierum numero constans: idque aut *ex die*, ex. gr. dabo hoc anno; aut *ad diem*, ex. gr. dabo usque ad hujus anni finem. Debetne hujus anni dies postrema integra praeterlabi ad hoc, ut spatium temporis expletum dicatur; an ultimam illa diem inchoatam esse sufficiet ita, ut dies inceptus habeatur pro completo? Si primum teneamus; tunc, facta quidem adjectione *ex die*, creditor, die extrema vertente, adhuc petitione abstinere debebit; apposita vero *ad diem*, petens vel die ultima creditor exceptione non excludetur. Si alterum eligamus; tunc, posita additione *ex die*, creditor prima diei postremae hora ad agendum admittetur, facta autem *ad diem*, non amplius, die tali vix ineunte, utiliter agere poterit. – Utilis quaestio enimvero, non modo prae directo quod habet momento, verum etiam quia nec-

titur indagini de temporum computatione, quae etiam in praescriptionibus, in usucapionibus, aliisque pluribus juris articulis renovatur. Ei plenius intelligendae, praeponi debet haec de tempore computando investigatio, atque in tractatione addi debent relationes cum aliis legum nostrarum institutis.

Composito, die quadam, aut incepto negotio, cujus efficaciae aut perfectioni certum temporis spatium, annus ex. gr., a lege vel a contrahentibus requiratur; si vere ac naturaliter computaremus, expectanda esset similis revertens anno sequente dies, invenienda hora eadem, imo momentum; atque ibi termini exitum *(la scadenza)* constitueremus. Verum ab hac naturali computatione fuit romanis discedendum. Revera fingamus, summo mane alicujus diei, hora quadam, actum fuisse gestum vel inchoatum. Siquidem nos ipsi, qui accuratissimis horologiis utimur, securam aut certe facilem non habemus methodum, qua secundarias temporis divisiones computemus; erat prorsus impossibile romanis, per quadrantes illos aut clepsydras suas, die simili anni sequentis eamdem figere horam matutinam. Utique progrediente mane talis diei, constare denique poterat, terminum fuisse completum. At haec retardata securitas gravia incommoda generabat. Etenim non modo factum ita fuisset, ut spatia temporum praefixa augerentur perpetuo; verum etiam

(quod gravius est), invocatis in quaque specie judicis aestimationibus arbitriisque numquam certus et fixus temporum exitus obtineretur. Hinc romani aliam, eamque diversam, computationem adhibuerunt, quae computatio civilis dici potest. Nimirum divisiones temporum secundarias praetermiserunt, momenta, horas; diemque integrum pro unitate quadam, pro individuo puncto, habuerunt, *l. 134. de V. S.* « . . . civiliter, non ad momenta temporum, « sed ad dies numeramus. » Atque hinc fit, ut et romanis esset, et nobis adhuc sit mos in adsignanda actibus nostris epocha, diem quidem et Consulem, nempe annum, non autem horam ordinario exprimendi. – Dies (quo nomine significamus spatium illud temporis, quo globus hic noster ad axem suum integre vertitur, non autem solam eam partem, qua sol supra horizontem elucescit) a romanis, uti et ab Aegyptiis, computabatur a media nocte ad mediam noctem sequentem, *l. 8. de feriis.* Hoc temporis intervallum, unitas, atque individuum punctum esse censetur. Quamobrem si die ad vesperam flectente gestum aliquid fuerit, videtur gestum esse media, quae antecessit, nocte, quando extitit punctum, quale est dies civilis.

Hinc sponte sua fluit, in computatione temporum civili spatia aliquantisper comminui; praeverti exitum; hunc in diem incidere anteriorem diei, qua

terminus naturaliter expleretur. Ponamus, hac die III Idus Martias 1872 actum fieri meridiano tempore. Annum, actui appositum, naturaliter supputantes ab hoc ipso inciperemus meridie, atque ad meridiem perveniremus diei III Idus Martias 1873. At civilis non ita sese habet computatio. Incipimus a media nocte praecedente; atque ita totam hanc diem III Idus Mart. 1872 in calculum introducimus. Ergo in exitu definiendo abstinere omnino debemus die III Id. Mart. 1873, ne bis eamdem diem computemus, ac plus quam annum numeremus, scilicet annum, et diem praeterea. Itaque dies extrema erit anterior, IV Id. Mart. 1873: naturalisque exitus praevertetur ita, ut quae media nox, separans diem IV Id. a sequenti, initium foret ultimae diei in computatione naturali, finis ipsa fûtura erit in computatione civili. Fragmenta, quae hujusmodi computationem confirmant, mox adducentur a nobis (*b*).

(*b*) Saepe dictum est a nobis, jus romanum generaliter computationem naturalem dereliquere; non horas momentaque respicere, diebus, quasi unitates essent, consideratis. Tamen aliquando videtur computationem illam tenuisse, atque divisionis temporum secundariae habuisse rationem. Probationes de hoc sufficientes habemus in his casibus, quibus lex ita terminum, spatiumque temporis enunciaverit, ut generandis effectibus suis superatum istud esse voluerit. Scilicet quando terminus non constituitur tantum sed exprimitur ita, ut legis efficacia, termino ipso absoluto, debeat demum explicari. Tunc « uberior scriptura est », uti ait *l. 217. pr. de V. S.*;

Jam, ut ad quaestionem, unde discessimus, revertamur, firmiter tenemus, diem extremam coeptam pro impleta non esse habendam; absolvendam eam

atque in termino hujusmodi computando potius eo inclinandum est, ut augmentum aliquod, quam ut minutionem patiamur. Hinc est, quod in casibus talibus non computatione civili, quae uti vidimus, praevertit exitum, jus nostrum utitur; sed potius naturali cum suis illis, quas exposuimus, particularibus aestimationibus ac necessariis in praxi temporis augmentis. - Spectat huc *l. 1. de manumission.* Determinando tempori, quo adolescens viginti annos implevisse dicatur, suos ut possit servos sine forma per l. Aeliam Sentiam praescripta manumittere, adhibet Ulpianus, ceu exponemus inferius, solitam civilem, non autem naturalem computationem. Reddit rationem talem « non enim *majori* viginti annis permitti manu« mittere, sed *minorem* manumittere vetari. » Si L. Aelia Sentia aetatem 20 annorum verbo, excessum exprimente, significasset, scil. ea voce « ma« jor »; tunc naturalis calculus factus fuisset, in quo non praevertitur exitus, tamquam in civili, sed necessario in praxi protrahitur. - Gravem ingerit difficultatem aliud Ulpiani ejusdem fragmentum in *l. 3. § 3. de minorib.* Tractabatur de computanda aetate, ut adolescenti capto in integrum restitutio vel concedi posset vel deberet negari. Ajebat praetor « Quod cum *minore* vigintiquinque annis natu gestum esse dicetur, uti « quaeque res erit, animadvertam »: non utebatur verbo « majore », quod excessum significaret; non negatam *majoribus* restitutionem exprimebat, sed concessam *minoribus*. Hinc juxta argumentationem dictae *l. 1. de manumiss.* solita computatio civilis haud deserenda fuisse videbatur. Ulpianus tamen naturalem calculum eligit « de momento in momentum tempus « spectatur ». Perquam verisimile est, id placuisse ob favorem, quem fraudatus, *captus*, merebatur singularem. Jurisconsultus enim de sola in integrum restitutione favore capti exclusive loquitur, non de aliis, quae occasione damnorum sine fraude illatorum, edicto conceduntur. Deceptum restitui, justum visum est; quando postremo illo tempore contigit fraus, quo ille vere ac naturaliter computando, aetate adhuc minor erat.

esse ad hoc, ut spatium temporis absolutum dicatur. Evincit ratio. Quum enim id, quod rei cujusque extremum est, ad rem ipsam, quasi pars ejus, pertineat; haud impletum dicere possumus illud, cujus non sit extremitas expleta. Crescit rationi pondus, si calculum temporis civilem respiciamus. Eo enim posito, si debitor ex. gr. obligatus *ex die*, solvat die ultima, licet jam progrediente; initio ipsius solvisse videtur; adeoque ratio non est cur actionibus ac mediis, uti ajunt, coactivis adigatur, donec dies ipsa postrema ex integro decurrat. Idem repetendum est, si dominus rei suae usucapionem, die ultima vertente, interrumpat, etc. – Revera in nostro hoc de obligationibus articulo Pomponius *l. 50. de O. et A.* ait « quod quis aliquo anno « dare promittit, aut dare damnatur: ei potestas « est, quolibet ejus anni die dandi », postrema die ita, uti qualibet alia. Atque ipse Pomponius *l. 42. de V. O.* « Qui hoc anno, aut hoc mense « dari stipulatus sit: nisi omnibus partibus prae- « teritis anni vel mensis, non recte petet. » Pertinent fragmenta hujusmodi ad obligationes *ex die*. Obligationibus *ad diem* facile aptari potest *l. 30. § 1. ad l. Jul. de adult.*; ubi Paulus tractans de termino sexaginta a divortio dierum, patri ac marito ad accusandum de adulterio exclusive concesso, ait « in diebus autem sexaginta et ipse sexagesi-

« mus est ». Admittitur die extrema accusator, vel actor: ergo coepta illa non habetur pro impleta.

Etiamsi, contractu *ex die* composito, concessae dilationis dies ultima expressa fuerit ita, quasi intra hanc diem solvendum esset, *Kalendis proximis*, aut *intra Kalendas proximas dabis;* nihilosecius creditor agere ea vertente non poterit. Quousque enim expleta non sit; intelligi nequit, sit, necne debitor ultro ac voluntarie satisfacturus, *§ 2. I. de V. O.* « non eo quidem ipso die, in quem « stipulatio facta est, peti potest, quia totus is « dies arbitrio solventis tribui debet » (*c*). – Excipi debent casus, ubi appareat, diem ita expressam fuisse, quia constabat interesse creditoris, sibi intra illam diem omnino solvi. Ex. gr. Titius, qui Kalendis proximis certam pecuniae vim solvere debet, ut habeat in eam diem paratam quantitatem, stipulatur ab alio intra Kalendas proximas dari. Conscius promissor, advenientibus vix Kalendis, poterit judicio

(*c*) Add. Ulp. *l. 1. § 9. de success. edicto.* - Haec et in contractibus obtinent, et in legatis. Nec enim ad judicialia, seu, uti loquuntur, coactiva media deveniri potest, quousque debitor in eo sit, ut obligationem plene possit sua sponte implere. - Secus est, quando testatoris jussus sine ulla heredis opera, ipso jure impleatur. Tunc enim, si terminus adsignatus ita fuerit, ut voluntas testatoris appareat executionis intra terminum ipsum efficiendae; ratio nulla est, qua integer exitus debeat expectari; executionem suam jussus intra terminum, juxta praecepta testatoris, obtinebit, *l. 19. de cond. et dem., l. 41. pr. § 2. de manum. testam.*

compelli; dies enim non pro ipso, sed pro stipulatore, fuerat adjecta. - Imo in talibus casibus facile obligatio *ad diem* efficitur, fit nempe terminus finalis obligationis. Praevidens quidam, diebus futurarum nundinarum sibi fore impendendum, rem cum Gajo disponit ita, ut stipuletur ab eo: Nundinarum diebus dabis? Poterit certe, nundinis vix coeptis, petere, ne retardata solutione providentia tota evanescat. Praeterea, exactis nundinarum diebus, amplius ad petendum non admittetur; hoc enim consilio habita est stipulatio, scilicet solo intuitu impensarum, quae tempore nundinarum essent faciendae. Atque adeo rigide hic haesit Sabinus, ut prima tantum nundinarum die stipulatorem ad agendum admiserit, reliquis diebus excluserit. Quamquam Proculi, aliorumque aequior opinio placuit, admittentium « quamdiu vel exiguum tempus ex « nundinarum spatio superesset »: quibus verbis nostra firmatur theoria circa diem spatii postremam, non debere coeptam eam haberi pro impleta. Explanatur ita *l. 138. pr. de V. O.*, quin aliquid e scriptura florentina mutetur.

Denique diei extremae integer exitus requiritur, etiamsi dies illa in forma verborum exclusive inducta appareat; ex. gr. *Ante Kalendas* dabis. Comparatur haec stipulatio illi: *Kalendis* dabis, neque agendo fit locus, nisi integrae sint comple-

tae Kalendae. *l. 13. de V. O.* Sequitur id quidem ex eo quod dies pro unitate individua considerentur: unde fit, quod solvens qualibet hora Kalendarum debitor media superiore nocte solvisse censeatur, quae diem pridie Kalendas terminavit, ipsasque inchoavit Kalendas. Per integrum Kalendarum diem solutio, quae fieret, opportune facta videretur; non ad judicia veniendum est, nisi ea demum expleta.

Valent haec non in obligationibus tantum, verum et in aliis juris articulis. Est de praescriptionibus *l. 6. de O. et A.* « in omnibus temporalibus actio« nibus, nisi novissimus totus dies impleatur; non « finit obligationem ». - De usucapionibus *l. 6. de usurp. et usuc.*, quae confirmat methodum a nobis civiliter computandi propositam « in usucapionibus « non a momento ad momentum, sed totum postre« mum diem computamus ». Ulp. *l. 7. eod. tit.* speciem proponit ejus, qui rem possidere atque usucapere coepit hora sexta diei Kalendarum Januariarum. Posito quod res mobilis esset, quae illa Ulpiani aetate per annum usucaperetur; videamus, qualis terminus erit finalis usucapiendi. Quoniam in computatione civili integrae Kalendae pro individuo puncto censentur; inchoabitur calculus ex media nocte, qua Kalendae illae inceperunt. Ne bis Kalendas Januarias in calculum inducamus, postrema usucapionis dies erit pridie Kal. Januarias. Cum

autem extrema dies non habeatur pro impleta si coepta sit, sed omnino absoluta esse debeat; tum usucapio complebitur, finita die ipsa pridie Kal. Januarias, media scilicet nocte, quae hanc dividit a Kalendis. Ita respondet Ulpianus « hora sexta « noctis (*d*) pridie Kal. Januarias implet usuca- « pionem ».

Iisdem regulis facile intelligitur Q. Mucii Scaevolae responsum, relatum ab Aulo Gellio (III. 2). Recolendum memoria est, legibus decemviralibus cautum fuisse, ut quae mulier cum viro suo per integrum annum habitavisset, manui subjiceretur; ea, si manum vitare vellet, per trinoctium continuum singulis annis maritali domui abesset, atque ita interrumperet usum. Nupsit femina, ac viri domum introivit Kalendis Januariis. Capto interrumpendi usus consilio, discessit IV Kalendas Januarias sequentes (*e*), atque abfuit tribus noctibus posterioribus. Quaerebatur an opportune abfuisset, scilicet an trinoctium, quo abfuerat, in annum a ma-

(*d*) Hora sexta noctis erat romanis media nox: etenim 12 horas tempori tribuebant, quo sol supra horizontem esset, ac 12 tempori nocturno. Unde varia erat apud ipsos, aequinoctiis exceptis, horarum diuturnitas; modo diuturniores nocturnis diurnae erant, modo breviores.

(*e*) Scaevola diem hunc enuntiat ita: Ante diem quartum Kalendas Januarias sequentes. Usu loquendi ipsa dies IV Kalendas ita significabatur, uti in *l. 132. pr. de V. S.*

trimonio cecidisset. Posito civili calculo, nuptiae initae censentur media nocte, qua Kalendae inceperunt; annus autem media nocte completur, quae terminat diem pridie Kalendas posteriores. Quamobrem e tribus, quibus femina abfuit, noctibus prima quidem, a die IV Kalend. ad diem III Kalend., intra annum fuit; fuit item altera nox, a die III Kalend. ad diem pridie Kalend. Sed noctis tertiae, a die pridie Kalend. ad Kalendas ipsas, prior quidem medietas intra annum fuit, non altera, quae ad novum annum pertinuit. Itaque mulier intra annum non tribus sed duabus noctibus et dimidia abfuit, non interrupit usum, est manui subjecta. Atque ita Scaevola respondit « quoniam tertiae noctis posteriores « sex horae alterius anni essent, qui inciperet Ka« lendis » (*f*).

(*f*) Venulejus *l. 15. pr. de div. temp. praescr.* admittere videtur in usucapienibus, ut postrema dies incepta, sit pro completa habenda « in « usucapiene ita servatur, ut etiamsi minime momento novissimi diei « possessa sit res, nihilominus repleatur usucapie; nec totus dies exigitur « ad expleudum constitutum tempus » Resp. Apud Venulejum novissimus dies ille est, qui in vera ac naturali computatieue esset postremus. Habita enim momentorum atque horarum ratioue, si quis hodie, nempe Idibus Martiis, hera sexta diurna, coeperit possidere; ultima dies usucapiendae rei mebilis, jure Pandectarum, esset Idib. Mart. anni sequentis, in parte priore, nempe usque ad meridiem. In computatioue autem civili ultimum tempus esset media nocte. quae terminat diem pridie Id. Mart. anni sequentis. Ultima dies justa computationem civilem (prid. Id. Mart.) eo *momento* finit, que inciperet ultima dies in computatione naturali (Id. Mart.)

Ulpianus *l. 1. de manumiss.* tractat de eo, qui Kalendis Januariis natus erat; quandonam vicenarius annis videatur ad hoc, ut servos suos sine forma per legem Aeliam Sentiam constituta possit manumittere. In civili computatione initium est media nocte, qua Kalendae coeperunt, finis autem media nocte qua terminat dies pridie Kalendas vicesimas. Ac revera Ulpianus ait « post horam sextam noctis pridie Kalendas quasi annum vicesimum compleverit ». Notandum illud « quasi »; vere enim ac naturaliter supputatis temporibus, hora expectanda esset, quae Kalendis Januariis vicesimis horae nativitatis responderet.

Ulpianus ipse *l. 5. qui testam. fac. poss.* agit de tali, qui erat Kalendis Januariis natus, et quaerit, quandonam ille pubes dicetur ad hoc, ut testamentum facere possit. Et in specie quaerebatur de testamento, quod conditum anno quarto decimo fuerat, superata vix nocte media, quae diem terminaverat pridie Kalendas Januarias. Invalidum naturaliter computando fuisset testamentum; nondum enim advenerat hora, quae similis fuerat die nativitatis.

Ita dici poteat, perfici usucapionem per possessionem habitam minimo momento diei illius, quae naturaliter esset postrema. Quoniam media nocte a prid. Id. Mart. ad Id. Mart. adest momentum, quod etiam diei Id. Mart. initium est, et ad ipsam refertur. - Similis explicatio adhibenda in *l. 132. pr. de V. S.*, et in *l. 134. eod. tit.*

At calculus civilis est ut a media nocte coeptarum Kalendarum ad mediam noctem, qua dies pridie Kalendas vicesimas exitum habet, perveniatur. Valet igitur testamentum: atque egregie Ulpianus, auctoritate invocata Marciani, ait « complesse videtur annum quartumdecimum ». Ait « videtur », quia vere et naturaliter non complevisset (*g*).

Antequam utilem hanc inquisitionem relinquamus, loquamur oportet de quodam fragmento, in quo non solum diei postremae complementum requiritur, ut terminus absolutus dicatur, verum alia etiam dies praeter terminum praefixum concedi videtur. Est *l. 101. de R. I.* Paulus ait « Ubi lex duorum mensium fecit mentionem, et qui sexagesimo et primo die venerit, audiendus est; ita enim et Imp. « Antoninus cum divo patre (legunt alii « fratre ») « suo rescripsit ». Civilem mensem diebus triginta semper constare, compertum est. Lex de duobus mensibus mentionem facit ex. gr. quando iis, qui in Municipio ad munus electi sint, duos ad appellandum menses concedit, *l. 2. C. Theod. de decur.*, *l. 1. C. de tempor. et reparat. appellat.* Quod electus audiatur appellans die sexagesimo, regulare

(*g*) Solum ex rationibus expressae singularis aequitatis annus inceptus habetur pro completo in *l. 74. § 1. ad S. C. Trebell.*; atque ex enuntiato favore in *l. 8. de muneribus*.

est, quia nondum dies postremus fuit impletus. At audiri eum venientem die sexagesimo et primo, quando terminus erat prorsus absolutus, adeo inconsentaneum apparet, ut non improbabilis eorum conjectura videatur, qui e textu voces illas « et « primo » abradendas esse arbitrantur. - Tentarem interpretationem difficili fragmento, sequentem. Romanis, quod regulam de 30 diebus mensis civilis introduxerint, non eam solam rationem fuisse puto, ut numerum perfectum *(una cifra rotonda)* adhibere possent, quando plures menses computare deberent. Si dies per numeros, e prima, quae mensis esset, die progredientes romani ita, uti nobis mos est, designavissent; regulam illam forsitan non introduxissent, quae vere a kalendario discedit. Unde ex codicibus recentibus mercatoriis, in literis collybisticis, ad plures menses, ut ajunt, tractis, menses non per cumulatos dies tricenos, sed relatione ad gregorianum kalendarium habita, computantur. Sed Romani dies describebant numeris ad Kalendas, Nonas, atque Idus, relatis. Nonae autem, atque Idus, sedem diversis mensibus modo sublatam tenebant, modo demissam, adeo, ut ejusdem nominis dies, ex. gr. IV Nonas, VIII Idus, aliquando prius aliquando serius occurrerent, atque inter duos dies, aeque nominatos, aut plus intercederet, quam mensis, aut minus. Imo quibusdam mensibus certi nomi-

nis dies aderant, qui deerant aliis, veluti VI Nonas, V Nonas, XIX Kalendas, XVIII Kalendas. Haec ratio fuit, qua romani de mensium computandorum methodo simpliciore, ducta ex nomine quod diei cujusque est in menstruo spatio, declinaverunt; ac certam dierum quantitatem, ut mensium diuturnitatem metirentur, figere debuerunt. Hanc autem non alternatam induxerunt ex diebus 30, ac 31: etenim haec alternatio dubietates atque ambages in dispari mensium numero generavisset; ex. gr. utrum 30, 31, et 30; an 31, 30, ac 31 dies numerandi forent. Optandum fuit inter 30 et 31: electus tricenarius numerus sive quia notam perfectam exhiberet, sive quia propius duodecimae anni portioni accederet, quae est dierum 30. $^5/_{12}$. - Itaque cum electio numeri tricenarii ex sola majoris utilitatis et congruitatis ratione facta fuerit; aliquando speciali de causa praelatus est alius 31 numerus. Ecce cum appellationibus a sententia interponendis tres menses jure concederentur, tres dati sunt supra nonaginta dies, *l. 2., l. 5. pr. C. de tempor. et reparat. appell.*

Quando autem electis ad munus duorum mensium spatium satis exiguum appellandi causa leges constituerant, non eos naturali, quae in kalendario esset, alternatione fraudandos esse, benignitati Imp. Antonini visum fuit. Uti fit, tenues con-

cessiones interpretationis amplitudinem accipere solere, arg. *l. 41. § 3. de l. 3.* Admissus est qui apparuisset ad appellandum die sexagesimo ac primo, *d. l. 101. de R. I.*

§ 19. *Diei adjectio (Continuatio) - Annuae stipulationes.*

Ad obligationes, diei adjectionem habentes, pertinent annuae stipulationes; quarum duo genera sunt. Aliae enim certum praestationum numerum continent ita, ut, ipso stipulandi initio, praeviderі possit quaenam summa ex universis solutionibus resultabit; atque hae sunt certae ac definitae quantitatis, ex. gr.: *Dabis tercenta, annua bima trima die? Dabis centum annua per quinquennium?* Aliae vero, cum incertum numerum praestationum contineant, summam, quaenam exinde conficietur, demonstrare ab initio non possunt; hae sunt incertae atque indefinitae quantitatis; *Dabis centum annua? Dabis centum in annos singulos? Dabis centum quotannis?* - Quaeritur annuae stipulationis quaenam sit indoles atque natura. Estne ea ex die; an conditionalis, si stipulator vivat, ita, ut ad heredes hujus non transeat? unane, an multiplex? certa, an incerta?

Non idonea quaestionibus hisce dari potest responsio, nisi memoria recolamus, quid juris statutum sit de annuis legatis sive certae sive indedefinitae quantitatis. Scripto annuo legato, legatum ex die expressum vere est, non autem sub conditione. Quamquam enim dies in legatis aliquando pro conditione habeatur; primo tamen loco requirimus, aliquam diei esse incertitudinem, saltim quando adventura sit (§ 18): at in annuo legato annus quisque quando sit reversurus, nemini dubium est, praevident omnes. Nihilominus, ut in annuis legatis incertae quantitatis: *Centum annua do lego, quotannis do lego,* conditio magna ex parte agnosceretur, nempe si legatarius vivet; gravibus ex rationibus jure nostro constitutum est. Cumulatae sunt considerationes tum circa generalem legandi rationem, quae est in amore ac benefaciendi voluntate, tum circa objecti, in hujusmodi annua legata deducti, naturam. Quod alimenta relinquantur magnum est, quam quod maximum, beneficium, testamentorum ac legatorum indoli apprime conveniens. Praeterea ad legatum alimentorum agnoscendum incertitudo, quae legatis talibus continetur, repetendarum praestationum efficiebat; quasi incertae, qualis et ipsa est, vitae legatarii comitaretur. Quamobrem receptum est, annua legata incertae quantitatis pro legatis alimen-

torum haberi debere (*a*). Naturalem illa praestationem habere, neque capitis deminutione prorsus extingui; quod ipsum in legatis alimentorum obtinet, *l. 10. de cap. minut.* Eadem ex omissa a testatore summae definitione non vitiari, quoniam ex consideratis legatarii, prae statu ipsius ac dignitate, necessitatibus defectus scripturae sanatur, *l. 14. de ann. legat.*; quale itidem est jus de alimentis sine quantitatis definitione legatis, *l. 22. de alim. vel cibar. leg.* - Sponte veluti sua sequitur, legatorum hujusmodi praestationem nonnisi legatario viventi, alendoque, non autem heredibus ejus, esse faciendam. Multiplex dictum legatum est; quatenus anno primo, quo personae legatarii certe praestatio fiet (*b*), purum ac simplex est, annis autem sequentibus conditionale, scilicet si legatarius vivat, *l. 4. de ann. leg.*, *l. 10. et seqq. quando dies legator.*

At si annuum legatum, ob expressum annorum numerum, definitae esset quantitatis, *Titio dena usque ad annos decem*; tunc alimentorum legatorum notio non parum dimovebatur; ea enim deerat

(*a*) Alimentorum tamen non minutorum, *l. 8. § 23. de transact.*, *l. 3. § 4. si cui plusquam per l. Falc.*

(*b*) Si legatarius tempore diei cedentis, quando prima praestatio debetur, non viveret; integrum caderet legatum ex generali de legatis etiam puris principio, *§ 8. I. de legat.*

praestationum incertitudo, quae, cum incertitudine vitae legatarii composita, ad alimentorum providentiam agnoscendam valde profecisset. Hinc illorum centum, quae universam summam efficiunt, non ob annuas alimentorum necessitates facta in annos decem distributio videtur; sed aut exonerandi heredis gratia, ne simul et semel integra dare cogeretur, aut etiam favore legatarii, cui, rebus bene administrandis forsan inepto, satius sit per ratas portiones accipere quantitates minores, quam pecunia majore subito potiri, « quod rem familia- « rem tueri non posset » uti ait Valens *l. 15. de ann. leg.* Itaque legatum annuum, certam quantitatem continens, sublata alimentorum similitudine, ita judicamus uti sese exhibet ipsum; non in purum unum, aliaque conditionalia distinguimus; universi dies cedit tempore mortis testatoris; atque intra decennium moriens legatarius transmittit ad heredes, *l. 49. § 3. de l. 1.* Id ita, nisi aliquando probetur, necessitatem, quae in legatario esset, ut sibi per certum tempus de alimentis provideretur, a testatore inspectam, atque idcirco praestationum certarum annuum legatum scriptum fuisse. Utique enim testamentorum indoles facile, ceu diximus, ad legata alimentorum inclinat: adeoque alimentorum legatum etiam in annuo legato certae quantitatis agnosci potest. Tunc ipsae, quae sunt de

annuis legatis, indeterminatas praestationes continentibus, regulae observabuntur, *l. 20., l. 26. § 2. quando dies legat.*

Facile ex his, quae circa annua legata disseruimus, de annuis stipulationibus judicium est. Abest a stipulationibus amor, et benefaciendi voluntas, in qua praecipua ratio est, cur annua legata ad legata alimentorum interdum flectantur. Restat igitur annua stipulatio in ea, quam exhibet indole; una est atque integra stipulatio ex die; numquam ea conditionem de vita stipulatoris continet, ac jura ad heredes exinde transeunt. Haec ita esse etiam in annua stipulatione indefinitae quantitatis, evincunt *l. 35. § 7. de mort. caus. donat.*, et *l. 16. § 1. de V. O.* (*c*).

Unum est, quod annuas stipulationes definitae, tum indefinitae quantitatis, intercedit discrimen: illas quidem certas esse, has incertas stipulationes. Ex incertitudine annuarum de indeterminata quantitate stipulationum explicatur necessitas illa *prae-*

(*c*) Fragmenta haec unam stipulationem quoad effectus dicunt, scilicet quatenus ea non in puram atque conditionales distinguitur, et semper regula de acquisitione secura, deque heredum admissione applicatur. Proprie enim, multa cum sint atque distincta annuae stipulationis objecta, plures sunt, una verborum conceptione collectae, stipulationes, *l. 140. § 1. de V.O.* (de annuis stipulationibus definitae quantitatis), *l. 34. § 4. C. de donat.* (de annuis stipulationibus quantitatis indefinitae).

scriptionis, quam stipulatori, ob aliquam jam debitam praestationem agenti, suggerit Gajus *comm. IV. 131.* Finito anno, respondentem praestationem juste petit stipulator, uti latius explicabimus inferius. Quoniam annua stipulatio indefinitae quantitatis incerta est, utendum ei erit formula, qua incertum petimus; haec autem generalem illam intentionem habet: Quidquid paret N. Negidium A. Agerio dare facere oportere. Cum annuae stipulationes contineant obligationes ex die, ea autem, quae ex die debentur, vere ac certe debeantur ita, ut dare oporteat; tum generalis illa intentio non solum praestationes anni finiti, sed etiam annorum futurorum, amplitudine sua complectebatur (*d*). Hinc fiebat, ut litis contestatio, quae objectum formulae integrum continebat, ac saepe novando consumebat actiones, actionem, ad futuras etiam praestationes spectantem, perimeret: creditor autem ea, qua opportune deinceps uti posset, destitueretur. Occurrebat hisce *praescriptio;* conceptio scilicet verborum, praeponenda formulae, talis « Ea res agatur, « cujus rei dies fuit ». Formula ita ad praestationes anni finiti cohibita, judiciali novationi actio de futuris subtrahebatur.

(*d*) Non tamen quoad effectus poenales plus petitionis, *Gaj. IV. 54.*

Superest de annuis stipulationibus, ut videamus, utrum ineunte anno, an demum finito, praestatio quaeque peti possit. Quoad annua legata (quoniam ad ea tractationis vicinitate reducimur) constat, quod, si quantitatis indefinitae sint, adeoque alimenta sapiant; ineunte vix anno, non solum dies cedit ita, ut praestationis obligatio firmetur, jusque transmittatur ad heredes, *l. 12. pr. § 1. quando dies legat.*, verum etiam dies venit, atque illico peti potest. Id ita alimentorum suadente natura, quae moram ac dilationem non ferunt, *l. 11. de usu et usufr.* (e). - Si autem annuum legatum determinatam contineat quantitatem, anni exitus, ut peti possit, expectandus est, uti in debitis ex die, ex. gr. Kalendis, intra Kalendas, intra annuum (*f*). - Quoad annuas stipulationes, quae universae obli-

(e) Eadem ratione substinentur dispositiones *leg. 12. § 5. quando dies legat.* - Solebant testatores cavere, ut initio quoque anni fierent praestationes, *testament. Dasumian. lin. 60-65.*

(*f*) Atque uti in exemplis hujusmodi praeverti petitio potest, si diem aut annum favore creditoris expressum fuisse demonstretur (§ 18); ita, simili demonstratione facta, annuum legatum, licet alimentorum causa non relictum, anni initio petitur, arg. *l. 43. § 2. de l. 2.* Atque ita explicatur, cur Papinianus *l. 26. § 2. quando dies legator.* de annuo legato, non alimentorum causa relicto, ac favore legatarii, qui filius aetate minor erat, in portiones ratas distributo, respondeat quidem, pecuniam initio cujusque anni peti non posse, sed ob peculiarem speciei propositae circumstantiam « quod ex fructibus uxori datis pater filio praeberi voluit ».

gationem ex die continent, annus semper plene completus sit oportet ad hoc, ut fiat opportuna petitio. Manifestus est citatus locus *Gaj. IV. 131.*; perspicua *l. 50. de O. et A.* « quod quis aliquo anno « dare promittit, aut dare damnatur, ei potestas « est, quolibet ejus anni die dandi ».

Verum justae adeo de annuis stipulationibus conclusioni obstare videtur *§ 3. I. de V. O.* Tractat Justinianus speciem stipulationis: Decem aureos annuos quoad vivam dare spondes? Constituit autem ita « pure facta obligatio intelligitur ». Si pure, ergo initio saltem anni cujusque peti praestationes poterunt. - Quae quidem paragraphus adeo difficilis visa est quibusdam, ut verbum illud « annuos » abradendum e textu esse judicaverint. At incolumem textum bonam recipere posse interpretationem putamus. Manifeste Imperator considerationem suam ad verba illa « quoad vivam » convertit, quorum vim atque efficaciam investigat. Cum ea verba adjectionem ad diem exhibeant, adjectiones autem ad diem vim non habeant tollendarum ipso jure obligationum; recte hoc intuitu Justinianus pronuntiat « pure facta obligatio intelli« gitur, et perpetuatur, quia ad tempus non po« test deberi », ac subdit, heredem stipulatoris ipso jure petiturum, submoveri eum posse tantum exceptione pacti. Denique Justinianus asserit, adjectio-

nem illam « quoad vivam » summo jure esse superfluam, eaque inspecta, pure factam stipulationem intelligi. Hic consistit; neque aliam vocem « an« nuos » considerat, quae erat extra tractationem suam. Eam nos regulis suis judicabimus; per illam fieri ex die obligationem; adiectiones ex die etiam summo jure valere; petitiones ad anni cujusque finem differri.

§ 20. *De justa conventionum interpretatione.*

De conventionibus quomodo fieri debeant, quomodo possint, vidimus. Restat ut de earum, quae obscure aut ambigue conceptae fuerint, interpretatione dicamus: frustra enim de natura conventionum disputaverimus, nisi regulae, quibus eas intelligere possimus, cognoscantur. - De ambiguis atque obscuris conventionibus interpretandis varia sunt in jure nostro constituta principia. *L. 34. de R. I.* respiciendum esse tradit id, quod actum est, tum id quod in regione frequentatur. *L. 96. eod. tit.* spectari vult sententiam ejus, qui ambiguam orationem protulisset. Quod quidem principium non modo ad casum loquentis debitoris, sed etiam ad casum creditoris loquentis applicitum invenimus, *l. 29. locati, l. 110. § 1. de V. O.*: unde etiam derivare videtur quod constitutum est, in petitionibus

judicialibus ambigua verba ex actoris petentis sententia esse explicanda, *l. 83. § 1. de V. O.* At e contra *l. 39. de pactis* firmat, obscuram vel ambiguam pactionem proferentibus nocere « in quo« rum fuit potestate legem apertius conscribere »; regulam autem hanc adversus creditorem, qui loquutus sit, applicat *l. 99. pr. de V. O.*, tum adversus loquentem debitorem *l. 33. de contrahend. empt.* Denique generale principium saepe enunciatur « sem« per in obscuris quod minimum est sequimur », *l. 9. de R. I., d. l. 34. eod. tit.* Species quaedam est, interdum in jure nostro repetita, in qua varietas regularum mirifice apparet. Est de actu, in quem Stichus, aut fundus Cornelianus, deductus fuit, dum Stichi duo erant aut duo fundi Corneliani, nec demonstratum sit, uter deduceretur. Actum non valere, statutum est in *l. 83. § 1. de V. O.* quoad conventiones, quoad testamenta in *§ 227. fragm. vatic.*, denique quoad judicia in *l. 5. § ult. de R. V.* Valere imo, et esse id, quod minimum est, accipiendum, ita, ut debitoris electio sit, quem Stichum, quemve Cornelianum fundum dare velit, de contractibus est *l. 106. de V. O.*, de legatis *l. 39. §. 6. de l. 1.* De petitionibus autem judicialibus in tali adamussim specie juxta mentem actoris interpretationem esse capiendam, ait *l. 83. § 1. de V. O.* Denique id quod acti est praevalere debere, sta-

tutum legimus in *l. 21. de reb. dub.* Relaxari nodus satis implexus non potest, nisi, diversis positis hypothesibus, suus cuique regulae gradus assignetur.

Primo. Interdum ambiguitas non ex verbis, at ex re ipsa generatur. - Tale quid accidit, quando, errorem atque dissensum inter contrahentes fuisse, probetur; quorum unus de uno Sticho, de alio cogitavit alter. Nulla verborum ambiguitas est, nulla obscuritas. Verba enim plene impleverunt officium suum, quando cogitationes quae contrahentium essent, falsas licet ipsas atque erroneas, manifestarunt. Est in re ambiguitas; quoniam in illa voluntatum dissipatione, ecquis Stichus in contractus objecto esse poterit, dubium omnino est. Huc leges pertinent, quae sunt de errore atque dissensu; error, cum in corpore sit, actum certe corrumpit, *l. 83. § 1. de V. O.*

Secundo. Ambiguitas item in re est, non in verbis, quando constet, incertitudinem rei contrahentibus ipsis fuisse perspectam, qui consulto eam declarare noluerint: novisse eos, Stichos esse aut fundos Cornelianos duos, unum sine demonstratione dedita opera induxisse. Tunc eos sese referre voluisse credimus ad aequitatis jurisque principium, quod est de favore debitorum; hujus itaque electio erit, qui, dato minimo, liberabitur, *l. 106. de V. O.*

Huc spectat obligatio generis, ex. gr. hominis: vident contrahentes, speciem esse solvendam; quaenam ea futura erit, sua ipsa voluntate in perplexo relinquunt: debitor eligit. – Verum in hac ipsa hypothese causa testamentorum diversa est. Si enim sint species plures; praestatio autem de qua fieri debeat, testator judicio suo in dubio reliquerit; non minimam heres dare potest, uti nec debet optimam. Textus in *l. 37. pr. de l. 1., l. 38. § 2. de auro arg.* (*a*). Ratio ex eo, quod in testamentis aliud subit interpretandi elementum, benevolentia, atque amor. Amat testator heredem suum, amat legatarium. Quando dubietatem consulto servat testator in objecto legati, non constat, ipsum ob solum in heredem amorem ita fecisse, ut de minimo hunc oneraret; neque apparet, ita fecisse ob solum amorem in legatarium, ut hunc onoraret de maximo. Quoniam neutram silentii sui, quod tamen sine causa esse non potuit, rationem expressit; motum eum utraque fuisse judicamus; res medii valoris prae-

(*a*) Quod in specie *leg. 38. § 2. de auro argento* dubietas, in qua materies faciendi ab heredibus signi relinquebatur, non fugisset testatorem; ex ea ipsa diligentia resultat, qua locum, qua pondus, qua subscriptionem curaverat; tum ex eo, quod certe signorum, e diversis metallis compositorum, existentiam in illa aede sacra noverat. Ab illis, qui rei circumstantias alias diligenter notant, momentosissimam unam omittunt, omissio dedita opera fieri praesumitur; loquax silentium est. Ita componitur *l. 54. § 1. vere. si sola, de action. emti* cum *l. 27. eod. tit.*

stabitur, quae neque praegravabit heredem, neque minimum afferet legatario emolumentum. - Denique tam in contractibus quam in testamentis, posita ea, quam explicavimus, hypothese, ex silentio ipso, ex ipsa ambiguitate, elementa habemus interpretationis.

TERTIO. At saepe non ex eo dubietas derivare probatur, quod error extiterit atque dissensus; neque ex eo, quod voluntas de ea non declaranda adfuerit. Consensum fuisse, et quidem de re determinata, affirmat contrahens uterque; at unus de una re consensum extitisse asserit, alius de alia; verba autem conventionis utramque assertionem patiuntur. - Vera hic adest ambiguitas verborum, utpote quae cogitationum incertitudinem non declarant. Ad hanc regulae pertinent, quas sumus posthac expositari. - Ambiguitati tollendae in primis id quod actum est, debet considerari, *l. 34. de R. I.:* omnia rei gestae adjuncta inspicienda; investigandus finis et scopus; quam necessitatem, quamve utilitatem curare voluerint contrahentes: quae autem his considerationibus convenientior apparebit, optima illa erit interpretatio. Idque fortiori ratione servabitur, si per acceptionem diversam actus caderet, vel impossibilis fieret praestatio; etenim « quotiens... ambigua oratio est, commodissimum « est, id accipi, quo res, de qua agitur, magis

« valeat, quam pereat », *l. 12. de reb. dub.* - Ad casum Stichi promissi, dum duo sunt servi nominis ejusdem, regula haec aptatur in *l. 21. eod. tit.* Si non constet de dissensu (quo casu error in corpore vitiaret contractum, *l. 83. § 1. de V. O.*); tum nisi probetur ambiguitatem a contrahentibus fuisse consulto servatam (quo casu electio esset debitoris, *l. 106. de V. O.*): denique si vera sit ambiguitas verborum, « valet quod acti est », *d. l. 21. de reb. dub.*

Ex hac ipsa de eo, quod actum est, inspiciendo regula explicatur *l. 96. de R. I.* « in ambiguis « orationibus maxime sententia spectanda est ejus, « qui eas protulisset ». Aliquando id quod acti est ab exterioribus circumstantiis colligimus: saepe tamen ex ipsa, qua negotium componitur, oratione. Quamquam enim verba directa non tollant, imo aliquando ipsa generent ambiguitatem; tamen universi sermonis compositio, atque, ut ita dicam, complexio, scopum contrahentium ac intentionem, denique quid actum sit, declarare valet. Tunc si interpretatio, quae resultet, illi faveat ex contrahentibus, qui verba protulit, non est, cur ab ea discedamus; uti non ab adversa discederemus, si contraria resultaret. Exemplum est in *leg. 29. locati.* Dixerat is, qui silvam locabat, legem contractui « redemtor sil- « vam ne caedito, neve cingito, neve deurito »,

ac praeterea « neve quem cingere, caedere, urere « sinito ». Verba haec postrema non resolvebant quaestionem, quae a locatore legem dicente praevisa non fuerat, at suborta est. Nimirum disputatum est, deberetne tantum redemptor prohibere, si quem quid earum rerum facere vidisset, an etiam praeveniendo ita silvam custodire, ne quis id facere posset. Verba quidem directa « neve quem cin« gere, etc. sinito » utramque recipiebant significationem; erant ambigua. At integra, qua locator usus fuerat in lege dicenda, oratio magnam de silva sollicitudinem demonstrabat. Recepta, quae huic conveniebat, interpretatio est; et Alfenus pro majori diligentia respondit « uti curaret, et daret operam, « ne quis caederet ».

Alio etiam significatu intelligimus, ex mente ejus, qui orationem protulit, id, quod actum est, accipi debere. Sunt actus quidam, utputa petitiones judiciales; quos non ex duorum, sed ex unius tantum consilio, interpretari debemus. Etiamsi, judicio introducto, lite contestata, actor et reus quasi contrahere videantur, tamen in rei definitione ambiguitas, siquae nascatur, ex actoris voluntate explicanda est, non autem rei conventi, qui invitus in judicium raptus recusat semper atque dissentit. Quare si, Sticho petito, uter e Stichis duobus inductus sit dubitetur, et ne quidem ex petitionis

aut formulae contextu appareat; at extrinseca adjuncta, de quo actor petens cogitaverit, demonstrent; declarationem istam sequemur. Neque rei conventi voluntatem investigabimus « alioquin semper ne« garet reus se consensisse » *l. 83. § 1. de V. O.*

Denique dubium non est, quin id, quod actum est, ex loquentis mente accipi debeat, quando is ex ordinaria communique verborum intelligentia loquutus sit, juxta quam nulla in oratione vera existit obscuritas. Neque alius contrahens audiatur, qui proprias acceptiones, singularesque rationes deinde obtendat, obligationis propriae extenuandae causa. Tribuere enim is debet sibi, si quando verba ordinario sensu prolata recepit, peculiares suos intellectus opportune non objecit, *l. 99. pr. vers. nec rursum, de V. O.* Quapropter si quis vestes muliebres, quas possidebat, stipulanti promisit, vir autem ipse, veste aliqua muliebre, tamquam virili, utebatur; non, proprii moris singularis obtentu, hanc praestationi subducere poterit, *l. 110. § 1. de V. O.* (*b*).

(*b*) In testamentis, ubi non duorum consensu geritur actus, sed simplici testatoris, qui loquitur ac legem dicit, voluntate; singularem aliquam ipsius verborum intelligendorum rationem despicere non possumus ad effectum restringendi legati. Ita dictae *l. 110. § 1. de V. O.* componitur *l. 33. de auro arg.* - Notandum est, tam quoad contractus quam quoad testamenta, quod si in casu aliquo probabili demonstretur, aliquem omni-

QUARTO. Quod si anceps oratio non ex eo, quod actum sit, explicari queat; inspici debet, quidnam in regione frequentetur, ut ea, quae moribus civitatis conveniat, interpretatio recipiatur, *l. 34. de R. I.* Ex his enim, quae ordinario fiunt praesumptiones nascuntur, unde etiam sumitur argumentum veritatis.

QUINTO. Si vero neque id, quod actum est, appareat, neque constet de moribus civitatis; tunc demum adversus eum, qui obscure loquutus est, et clarius loqui potuisset, interpretari debemus, *l. 39. de pactis*; tam si creditor is, quam si debitor fuerit, *l. 99. pr. de V. O., l. 33. de contrahenda emt.* Id ita, tum quia obscuritatis suae effectus pati loquentem, justum est: tum etiam quia solent homines quae sibi prosint aperte declarare; unde obscure dicens conventionem sibi adversam in ambiguo reliquisse praesumitur.

SEXTO. Tandem si neque, quis loquutus fuerit, constet, aut loquens futuram praevidere non potuerit suae orationis ambiguitatem, deficiatque omnis interpretandi modus; invocatur ampla de favo-

no usum nominis ordinarium ignoravisse, adeo, ut voluntatem non ad id, quod eo nomine communiter intelligitur, sed ad aliud prorsus distinctum, direxerit; tunc error in corpore est, quo stipulatio, legatumque cadunt, *§ 23. I. de inut. stip., l. 4. pr. de l. 1.*

re debitorum regula, et « quod minimum est, se- « quimur » *l. 9. de R. I.* Quare si Stichus aut Cornelianus fundus e duobus omonimis, sine demonstratione, promissus sit, neque ulla justa interpretatio proficiat, minimo dato, promissor liberabitur, arg. *l. 106. de V. O.* Idem in iisdem adjunctis quoad legata ac testamenta placet, *l. 39. § 6. de l. 1., l. 75. de l. 3.* In *l. 39. § 6.* aptatur regula casui de duobus fundis Cornelianis, uno autem sine determinatione legato. In *l. 75.* casus exhibetur de tot nummis indistincte legatis, nempe non adjecta qualitate, assesne, an denarii, an aurei deberentur: exiguiores praestabuntur « si neque ex « consuetudine patrisfamiliae, neque ex regionis, « unde fuit, neque ex contextu testamenti possit « apparere ».

Verum postremam hanc regulam nonnisi ex mitiore jurisprudentia, ut hominum actus valere possent, puto fuisse introductam: primo quidem eam in casu nummorum indistincte legatorum fuisse receptam; productam deinceps ad casum Stichi aut fundi Corneliani, sine distinctione inter omonimos, in negotium deducti. Etenim si ad rigorem rationis rem conferre velimus; actus, qui nulla interpretationis regula declarari potest, prae obscuritate plena voluntatis cadere deberet; ne, minimo etiam inducto, rem in illud discriminis adducamus, ut id, quod

omnino volitum non fuit, sequamur. Paulum, regularum observatorem religiosum, rigidam hanc tenuisse sententiam, demonstrat responsum ipsius in *§ 227. fragm. vatic.* Apollinaris (certe Nesennius ille Pauli consultor non infrequens) interrogavit jurisconsultum de specie, qua testator filiis tutorem reliquerat Titium, duo autem Titii essent, pater et filius. Paulus respondet, inspiciendum primo loco esse, quemnam dare testator senserit; si autem id non appareret, neutrum esse tutorem. Porro firmat exemplis responsum suum. Si Erotem legaverit, qui plures eodem nomine habuit servos, non valere legatum. Si Sticho libertas relicta fuerit, et duo sint Stichi, neutrum liberum fore, non ad validitatem magno libertatum suffragante favore. Denique Paulus monet, non idem placuisse in nummis indistinte legatis, sique non appareat voluntas, id acceptum esse, quod minus est. - Etenim in hoc nummorum legatorum casu, praestitis exiguioribus, etiamsi testator de majoribus cogitasset, non tamen objectum omnino a volito diversum inducimus. Quandoquidem nummi minores quantitate majore quodammodo continentur. At in casu duorum servorum aut fundorum, corpore inter se, ac specie, prorsus distinctorum, si non is ipse, de quo cogitatum fuit, inducatur, alium omnino diversum deduceremus. - Verum communiter placuit,

substineri actum semper, et deberi minimum. Sententiam hanc vulgarem Ulpianus, lenioris indolis jurisconsultus, sequitur in *l. 39. § 6. de l. 1.*, atque illis verbis indicat « vulgo fatebitur ».

Facta regulae expositio non caret utilitate sua. Ita enim intelligitur, cur in judiciis, quorum nullus omnino favor est, si plures sint ejusdem nominis servi, nec appareat, de quo actum sit, nullam fieri condemnationem, post Pomponium Ulpianus quoque ipse respondeat in *l. 5. § ult. de R. V.* (c). - Praeterea Pauli rigor servatus est in casu tutelae testamentariae, quae non valet, si de persona, cui testator commissam tutelam voluit, non constet. Etenim in re gravissima, cujusmodi tutela est, perspicua ac certa esse debet providentia patris; neque sorti eam quodammodo committere debemus. Maxime cum in tali casu id, quod minimum sit, non concipiatur. - Idcirco Tribonianus eumdem Pauli locum, qui est in *fragm. vatic. § 227.*, in Digesta referens *l. 30. de testam. tutel.* initium quidem responsi refert, quod est de tutela; omittit autem posteriora libertatis Sticho relictae, et legati Erotis

(c) Evidens jam est, non in hoc fragmento circumstantias esse fingendas, ex. gr. mortui, lite pendente, actoris; neque Pomponii esse notandum errorem. Concordat enim egregie cum *l. 83. § 1. de V. O.* In *l. 83.* actoris quodnam consilium fuerit, ex circumstantiis explicari Paulus desiderat. In *l. 5.* desperatus tractatur casus, quo « nec appareat, de quo actum sit. »

exempla, quae juri communiter recepto, quod placebat ipsi, non conveniebant.

Denique si in stipulatione, aut in legato, adeo generali nomine objectum expressum sit, ut immensa specierum varietas contineatur; interpretando autem id, de quo cogitatum forte fuit, definiri nequeat; concidit actus, neque admittitur minimae rei praestatio, quae nimis a volita posset differre; imo inepta ac ridicula facile esset. Promisso, aut legato ente, aut animali, aut fundo, aut, sine mensurae adjectione, tritico; neque stipulatio substinetur, neque legatum, *l. 71. pr. de l. 1., l. 115. pr. de V. O.* Praestat enim nullum dicere actum, quam admittere debitorem, qui aviculam praestet, aut frumenti pugillum, aut fundum, quem possis mittere funda.

§ 21. *De delictis generalia.*

Eum, qui delicto suo alieno patrimonio attulit detrimentum, ad restitutionem, ad reparationem, teneri, jus naturale et civile constituunt. Actuum enim, quorum auctor fuit, malos quisque pati debet effectus. Quae actiones idcirco sunt a legibus comparatae, rei persequutoriae dicuntur; quoniam patrimonium, resque nostras conservant.

Verum compescendis improbis hominibus haud semper actiones tales pares esse visae sunt; atque

in eos, qui deliquerint, sunt additae poenae. - Certe is, qui a morali ordine, per quem ad Bonum itur, deflectit, malum pati, atque expiationem, debet. Ab eo autem, qui civilem etiam ordinem violaverit, societatem publicam perturbaverit, malo fuerit malis exemplo, metum bonis ac formidinem intulerit, sumere poenas spectat ad ipsam societatem; quae simul affligit sontem, simul semetipsam suosque cives tuetur. Non ad nos, qui de rebus privatis ac civilibus loquimur, spectat tractatio de delictis, quae crimina publica, aut extraordinaria dicuntur, et judiciis publicis, aut persecutionibus extra ordinem exagitantur. Nostrum est dicere de delictis privatis, quorum persecutio singulis civibus in emolumentum proprium commissa est; qualia sunt furtum, rapina, damnum injuria datum, injuria.

Notionis de delictis privatis constituendae causa fuit illa, quam tanti faciebant majores nostri, dignitas civis. Hinc in cive laeso agnita quaedam est moralis necessitas curandi, instaurandique ordinis, qui fuerat in ejus persona violatus. Quare, persona ipsa directe offensa, proditae sunt actiones ad vindictam (§ 33), quas inter eminet actio injuriarum: laeso patrimonio, data actio furti, tum actio damni injuriae, seu legis Aquiliae: violata simul persona et re, actio vi bonorum raptorum. Sunt actiones istae poenales; quoniam non uti rei

persequutoriae ad patrimonii conservationem, sed ad delictorum punitionem diriguntur. Aliquae tamen mixtae sunt atque dicuntur, quia finem utrumque assequuntur: scilicet actio vi bonorum raptorum, et actio legis Aquiliae.

Ut generalia haec de delictis absolvamus, nonnulla de actionibus *ex delicto* rei persequutoriis intimius considerare debemus. Nemo sit, qui sibi suadeat, actionem *ex delicto* semper esse, quotiescumque post delictum agatur. Etenim corrigendo damno, quod per delictum fuerit illatum, duae sunt, quibus dantur actiones, diversae methodus. Aliquando illa actio datur, quae jus offensum defendit, dolo tantum inspecto tamquam ejus exercendae occasione: aliquando autem ex ipso dolo substantialiter actio derivatur. Haec altera tantum actio *ex delicto* est; si enim actio, quae ad jus laesum pertinet, invocetur, ex. gr. ob depositarii vel commodatarii dolum depositi vel commodati actio exerceatur, non ea quidem certe ex delicto est, at ex contractu (*a*).

Principia haec, satis nota, dignum, qui notetur, locum obtinent in delicto furti. Nascitur ex hoc maleficio actio furti ad poenam seu quadrupli, seu dupli: ea vero actio *ex delicto* est, utpote quae ex maleficio substantialiter oritur, atque infert poe-

(*a*) Consule etiam (§ 33).

nam, delicti notioni arctissime colligatam. Datur praeterea actio ad exhibendum, tum rei vindicatio, ut res subreptae restituantur. - Actiones hae sunt quae jus laesum defendunt; furtum illis est tantum exercitii occasio: nemo eas *ex delicto* actiones dixerit, *§ ult. I. de oblig. quae ex del.* « rei persecutionem *extrinsecus* habet dominus ».

Denique datur condictio furtiva, de qua, an actio *ex delicto* sit dicenda, necne, graviter dubitatur; affirmantibus Cujacio, et Voetio, negantibus Ulrico Hubero, et Savigny. Et his quidem, qui condictionem furtivam *ex delicto* actionem dici posse negant, calculum nostrum adjicimus. Ineuntibus enim praelectionibus his nostris (§ 1), diximus, dominium in rem actionibus defendi; inspectam non fuisse personalem, qua rei alienae quisque detentor afficitur, obligationem de ea domino suo restituenda; solum ob odium singulare consideratam hanc in fure fuisse, ut dominium adversus eum actione etiam personali defenderetur. Ergo in condictione furtiva delictum non est substantialis origo actionis; sed occasio tantum adhibendae personalis de restituendo obligationis, quae perpetua est in detentoribus alienarum rerum, ad hoc, ut actio personalis defendendo dominio adjici posset. Quod adeo verum est, ut soli domino condictio furtiva detur, non autem aliis, quorum, furtum factum non

esse, juste interesset, *l. 1. de cond. furt.*; dum in actione furti diverse observatur, *l. 14. § 16. de furt.* Neque illa irrogat infamiam, *l. 36. de O. et A.*; infertur autem infamia per actionem furti, *§ 2. I. de poena temere litig.* Evidens est Ulpiani fragmentum in *l. 10. § 2. de compensat.* Affirmaverat jurisconsultus, compensationem etiam illis opponi posse, qui actionem *ex delicto* promoveant; idque declaraverat exemplis. Subdit separata periodo « Idem « est et si condicatur ex causa furtiva »; distincta oratione ab actionibus *ex delicto* condictionem furtivam aperte disjungit (*b*).

Neque diversa ratio est, cur condictio furtiva adversus libertinum, qui servitutis tempore furatus esset, non detur, *l. 15. de cond. furt.*; at actiones *ex delicto* ob facinora, quae in servitute admissa sunt, dantur contra manumissos. - Denique heredes furis, non pro eo quod pervenit, seu in quantum locupletiores facti sunt, sed in solidum tenentur condictione furtiva, *l. 9. de cond. furt.*; etenim, uti plenius suo loco declarabimus (§ 33), quae actiones a delicto occasionem accipiunt, sed non ab eo

(*b*) Cogitur Cujacius eo, ut corrigat textum, et, sublatis verbis « Idem « est », supponat alud « Idest »; quasi in exemplis actionum *ex delicto* allegandis pergeret Ulpianus.

substantialiter derivantur, in solidum dantur adversus heredes (*c*).

(*c*) Ulpiani fragmentum in *l. 9. de cond. furt.* varias a diversis Interpretibus, tres ab uno Cujacio in dissitis locis, interpretationes accepit. Illud per nostra principia plene declaratum videtur. Non obstat, quod actio rerum amotarum contra heredes detur in quantum ad eos pervenit, *l. 3. C. rer. amotar.* Actio enim rerum amotarum, cum actionum omnium, quae furti causa dantur, vice fungatur, praecipue autem actionis furti, actio *ex delicto* est, *l. 21. § 5. de act. rer. amotar.* Alias mitto, quae opponi solent, difficultates: his enim ex principiis nostris occurrere, non magnum negotium est.

CAPUT III.

DE VARIIS OBLIGATIONUM DIVISIONIBUS.

§ 22. *Obligationes correales.*

Ex obligationum subjecto primam divisionem accipimus. Non semper unus est qui debeat uni; saepe unius in plures, aut plurium in unum, aut plurium in plures, obligatio est. Quando plures sint aut creditores simul, aut debitores, divisum in partes, et eas quidem, nisi diverse probetur, aequales jus aut obligatio praesumitur. Cum enim in dubiis semper pro debitoribus respondeamus; levius longe est his, si plures sint creditores, partem debere singulis, quam solidum, si vero plures ipsi debitores sint numero, partem a singulis, quam solidum, deberi. Verum non uti impossibilis est solidalis duorum possessio corporalis, (nec enim tu stare in eo loco, in quo ego sto, vel in quo ego sedeo, tu sedere potes); non uti est impossibile duorum solidale dominium, (id enim ipsa dominii absoluta natura non sinit); ita impossibile est solidale apud duos personale jus, aut duorum soli-

dalis obligatio. Quandoquidem unum esse erga duos de solido devinctum, aut duos uni devinciri, juris vinculo absonum non est.

Quod si unusquisque e pluribus creditoribus jus habeat ad obligationis integram executionem, vel integrae satisfactionem debeat quisque debitoribus pluribus, ita, ut si uni solvatur, sive solvat unus, omnium jus vel obligatio resolvatur; tunc correitas dicitur. - Quare ratione subjecti ita obligationes dividuntur, ut, si apud plures resideant, aliquando sint correales, aliquando non sint.

Hi, quibus in solidum ita, uti descripsimus, deberetur, dicebantur a romani *duo rei,* seu *correi stipulandi;* qui vero deberent solidum, *duo rei,* seu *correi promittendi :* forsan quia peculiaris hujus instituti origo fuit in stipulationibus. Generalius Interpretes *correos credendi, correos debendi, obligationes correales,* vocant.

Non unam esse, uti aliquibus persuasum est, sed duplicem in hujusmodi casibus obligationem, nos opinamur. Neque enim una dici potest, cujus objectum quidem unum idemque est, at multiplex, aeque principale, subjectum. Ita explicatur, quod unus e correis pure, in diem alius, vel etiam sub conditione, debere possit, aut loci esse queant ad solvendum diversi singulis constituti: quae ipsa sunt de pluribus credendi correis repetenda. Ita intelli-

gitur, quod una ex obligationibus perseverare, alia dilabente, possit: veluti si una duret ob unius correi debendi moram, quae alteri nocere non debet, aut si una removeatur exceptione aliqua, quae sit uni correo personalis, vel in una confusio evenerit (§ 48. 49). Sicubi in jure unitas obligationum correalium significari videatur, ex. gr. in *l. 3. § 1. de duob. reis,* dictam ita improprie fuisse, intuitu objecti quod unum est, tuto tenere debemus. Caetero multiplicitas aperte exprimitur in *l. 13. de duob. reis, l. 5., l. 71. pr. de fidejuss., l. 93. pr. § 2. de solut., § 1. I. de duob. reis.* Denique e correis pluribus quisque habet jus suum, aut suo quisque tenetur vinculo: in unum objectum omnia jura ac vincula coguntur ita, ut, solutione semel facta, sublatò objecto, universa concidant.

Obligationes correales solent a doctoribus nomine etiam solidalium designari; quoniam quisque e correis debendi tenetur in solidum. E recentioribus non pauci distinguunt obligationem *correalem* (seu *correalem et solidalem*, seu *veram correalem*) ab obligatione *solidali proprie dicta* (seu *simpliciter solidali,* seu *pure solidali sine correitate*). Quae quidem separatio, modo bene intellecta, placet. Scilicet obligationem solidalem eatenus a correali distinguendam putamus, quatenus prioris nomen generalius est, ut et correales complectatur,

et alias praeterea non correales. Etenim solidalis etiam dicitur obligatio unius personae, quae non in quantum facere potest, aut in quantum locupletior facta fuerit, sed de integro sit a judice condemnanda: hic autem nulla correitatis notio adest. Item solidalis obligatio est erga duos, quibus integrum ambobus, iterata praestatione, dandum sit, uti in legato per damnationem contingit: repetitio autem praestationum correitatem removet. - Pariter solidalis est, non correalis, obligatio quaeque individua, erga plures aut a pluribus suscepta. Nempe individua obligatio solidalis est ob accidentalem praestationis explendae qualitatem (§ 24), dum in correitate ex ipsa vinculi obligationis natura erumpit solidarietas. Unde si in obligatione individua forte fiat, ut praestatio in dividuum aliquod, ex. gr. in id quod interest dividuamque pecuniam convertatur, cessat saepe solidarietas (d. § 24); haec autem manet in correalibus obligationibus, donec vinculum quoque ipsum durat. E converso ex correalibus obligationibus peti partem, aut solvi, aut partem remitti, possibile est, *l. 8. § 1. de l. 1.*, talia vero in objecto obligationis individuo concipi nequeunt.

Aut per conventionem, aut per testamentum, aut per legem, correitas constituitur. Usitatiori conven-

tionis modo correitas nascitur, si expressum id aut actum in negotio sit, ut pluribus deberetur solidum, aut solidum deberent plures, praestatione autem uni, aut ab uno facta, jus et obligatio tota perimeretur. - Per testamentum etiam duo fieri rei credendi, aut debendi possunt. Credendi; si legatum sit: Titio aut Sejo, utri heres vellet. Potest enim heres eligere cui datum malit; si neutrum eligat heres, cum neque ratio sit, cur unum praeferre debeamus, neque intercidere debeat testatoris voluntas, quae est ut alicui integrum detur; unusquisque in solidum agere potest, ac si ipsi soli legatum fuisset, *l. 16. de l. 2.* Praeterea refert Gajus *comm. II. 215.*, nonnullos, quibus et ipse assentiri videtur, idem putavisse dicendum, si res eadem duobus pluribusve sinendi modo disjunctim esset legata, ita: Heres meus damnas esto sinere, L. Titium hominem Stichum sumere sibique habere; heres meus damnas esto sinere, G. Sejum eumdem hominem Stichum sumere sibique habere. Nimirum putabant alii, in tali legato solidum utrique legatario deberi, uni corpus, alteri aestimationem, uti in legatis per damnationem. Illi vero occupantis conditionem meliorem fore arbitrabantur ita, ut solidum quisque petere posset, at una praestatione heres liberaretur; denique agnoscebant correitatem. Etenim in lega-

tis sinendi modo heres praestare tantum debet patientiam, ut legatarius rem sumat sibique habeat, quod si priori occupanti praestiterit, qui sumpserit sibique habuerit, securus esse adversus alium debet, cum non amplius rem habeat, quam sumi patiatur. - Possunt etiam duo rei debendi fieri testamento, ex. gr. : L. Titius heres meus, aut Maevius heres meus, decem Sejo dato, *l. 8. § 1. de l. 1.* (*a*).

Lex correitatem inter plures, delicti causa ad indemnitatem praestandam obligatos, inducit; inter tutores plures, inter plures fidejussores (*b*); tum commercii causa inter plures navis exercitores, aut

(*a*) Ait Papinianus *l. 9. pr. de duob. reis* « sunt duo rei promittendi... « testamento, utputa si pluribus heredibus institutis, testator dixit, Ti- « tius *et* Maevius Sempronio decem dato ». Obstat Neratius *l. 124. de l. 1,* « Si heredes nominatim enumerati dare quid damnati sunt, propius est, « ut viriles partes debeant ». Cujacius corrigit Papiniani fragmentum ita « Titius *aut* Maevius ». At cum nulla codicis cujuspiam auctoritate possit correctio talis firmari; tentari potest interpretatio, a Glossa proposita. Papiniani responsum obtinere, quando aliunde appareat, testatorem utriusque heredis personam in solidum contemplavisse. Reapse integra Papiniani tractatio in eo est, ut exhibeat casus, quibus in singulis negotiis duorum fidem solidaliter contemplatam fuisse, probetur. Quamquam enim generaliter verum sit, solidarietates et correitates non praesumi, attamen ex ipsa re gesta eas inferri posse, constat, *l. 5. § 15. cf. l. 21. § 1. commod., l. 17. pr. depositi, l. 47. locati.*

(*b*) Correitatem hanc epistola Hadriani cohibuit (§ 37).

praeponentes tabernae, *l. 1. § ult., l. 2., l. 3. de exerc. act., l. 13. § 2. de instit. act.* - Notandum est quod Gajus in *d. l. 2.* rationis loco ait « ne « in plures adversarios destringatur, qui cum uno « contraxerit ». - Non haec principii juris allegatio est, sed rationis, uti ajunt, convenientiae, quae sola non sufficeret, aliis vero considerationibus suffulta operatur. Erraret enim qui sibi suaderet, regulam juris esse, eum, qui cum uno contraxit, in plures adversarios destringi non posse. Ecce passim in hereditatibus contingit, mortuo, pluribus relictis heredibus, debitore, in totidem particulas creditoris actionem distribui, cogique eum plures adversarios persequi, etiamsi contraxisset cum uno. Utique conveniens est, ei, qui cum uno contraxit, dari unum quoque adversarium: idque receptum est in jure nostro, si aliae suffragentur rationes justi favoris sive personarum sive rerum. Favor pupillorum fuit, cur, datis a tutore pluribus fidejussoribus, non contra singulos agere compellatur pupillus, sed, sublato beneficio D. Hadriani, possit in solidum unumquemque persequi. « ne ex una tutelae causa plures ac « variae quaestiones apud diversos judices consti- « tuerentur » *l. ult. rem pup. salv. fore.* Fuit favor commercii, ut facilius obtineatur quod juris per negotiationes acquisitum sit, quo in actione

exercitoria, atque in institoria, recepta est plurium reorum solidarietas (*c*).

Ex ipsa correitatis notione, efficacia, quae ejus sit, intelligitur. Si sint correi credendi, adversus debitorem communem integri debiti solutionem quisque persequi potest; solutione autem, uni facta, jus ceterorum extinguitur. Si vero sint rei debendi, quisque de solido compelli potest; solutio, ab uno facta, liberat ceteros. - Diu disputatum est, an Justinianus *Nov. 99.* divisionis beneficium pluribus debendi reis largitus sit. Bene firmata negatio est: Imperator enim loquitur tantum de casu fidejussionis singulari, quo scilicet duo vel plures in rem communem contrahentes, fidejubeant vice mutua; hisce divisionis beneficium competere vult Imperator, etiamsi de integro debito quis fidejusserit. De correis debendi generalis nulla dispositio est.

Quaeritur, an lite ab uno ex pluribus reis stipulandi contestata, aliorum jus perimatur; item an per litis contestationem cum uno factam e correis promittendi, ceteri liberentur. De uno e correis stipulandi, eum si litem contestetur, aliorum jura

(*c*) Juri ex rationibus convenientiae, atque aequi favoris introducto, faciles sunt ex ipsa aequitate limitationes. Conf. *l. 3. de exerc. act.*, *l. 14. de instit. act.*

perimere, traditum est in *l. 31. § 1. de novat.* De casu unius e correis debendi, cum quo contestata lis fuerit, varii sunt textus. Peremptam jure veteri fuisse ita obligationem aliorum, affirmant *l. 2. de duob. reis,* et *l. 28. C. de fidejuss.;* contra non solam litis contestationem ad liberandos alios suffecisse, solutionem omnino requisitam fuisse, tradit *l. 8. § 1. de l. 1.* - Quin textum hujus *leg. 8. § 1.* a Triboniano mutatum fuisse dicamus, ut novae constitutioni in *d. l. 28. C. de fidejuss.*, litis contestationi vim hanc adimenti, deserviret; accipi potest de casibus, quibus imperio continenti judicio, aut formula in factum concepta, actum fuisset. Tunc enim, lite contestata, nulla veteris actionis novatio fiebat; neque erat ratio, cur litis contestatio, cum uno ex correis gesta, aliorum obligationes praecedentes extingueret. Contra si aliter actum esset, per novationem judicialem veteres obligationes olim extinguebantur (§ 36. 46).

Restat de correitate gravis disputatio, an si unus e correis stipulandi accipiat, aliis debeat correis pro portionibus acceptum distribuere; item an unus e correis promittendi solvens, repetere ab aliis correis pro portionibus possit. In genere tenendum est, correitatem divisiones hujusmodi de sui natura haud recipere. Is enim e correis, qui solus accepit, e suo principali, nullique alteri subjecto jure habuit

pecuniam; qui solvit solus, suam adimplevit principalem obligationem. – Tunc demum accepti solutive emolumentum aut damnum distribuetur, quando inter correos relationes anteriores juridicae, ex communione natae, extitissent: nimirum si pro re communi, ex. gr. societatis causa, composita prius correitas fuerit, inde vero aut uni solutum sit, aut solverit unus. Tunc enim distributio illa actionibus, quae ex relationibus istis nascuntur, curanda est; ut quod de communi re acceptum lucrum, aut pro re communi damnum sublatum sit, in commune itidem redigatur. Quapropter si in casu unius e stipulandi correis accipientis, societas inter eos extitisset, actio pro socio, ut divisio lucri fiat, competit aliis, *l. 62. pr. ad l. Falc.* Si societas vel aliter communio fuerit inter promittendi reos, quorum unus solvere cogatur, huic contra alios actiones pro socio vel communi dividundo dantur, *d. l. 62. pr. ad l. Falc., l. 27. § 8. de pecul., l. 14. de institoria act.* Atque ita explicatur quod tradit Gajus *comm. III. 122.*, ante legem Furiam, quando adhuc, etiam in Italia, solidalis erat plurium sponsorum et fidepromissorum obligatio, cautum lege Apuleja fuisse, ut qui solidum solvisset adversus ceteros regredi posset, scilicet introducta quadam inter sponsores plures, pluresve fidepromissores societate. Ficta societas est, ut actio ad dividendum

solutionis damnum posset concedi (*d*). - Denique si correo solventi beneficium hoc revertendi non competat, aliud dari solet cedendarum actionum, ut sibi creditor mandet actiones, quibus inde adversus correos suos possit experiri.

§ 23. *Obligationes ad dandum, ad faciendum, ad praestandum.*

Actus personae alterius, qui est in obligationum objecto, triplex agnoscitur a Paulo in *l. 3. pr. de O. et A.;* datio, factum, praestatio « ut « alium nobis obstringat ad *dandum* aliquid, vel

(*d*) Consequentia distinctionis propositae observanda est in textibus in nota superiori invocatis. Alia notanda est quoad pactum de non petendo (§ 48). - Spectat huc etiam quod Julianus *l. 30. de neg. gest.*, Ulp. *l. 2. § 9. de administr. rer. civil.* actionem dent ei, qui e pluribus tutoribus, curatoribus reipublicae, magistratibus municipalibus solvere pupillo, reipublicae, municipio debuerit ratione rei communiter gestae, ad hoc ut ab aliis, ex partibus ipsorum, indemnis fiat. Correitatem inter illos constituit lex; nempe ex communi officio, unde *collegae* dicuntur, ac pene socii sunt. Haec ipsa quasi societas, quae commune inter illos periculum, correitatem scilicet, generavit, debuit etiam in causa esse, cur id, quod ab uno, rei communis ratione, solutum esset, recipi juste posset ex aliis. Non idcirco actio pro socio, aut communi dividundo dabitur, quae tantum ex societatibus, et communionibus ad patrimoniales res pertinentibus, nascuntur, non autem ex muneribus publicis. Sed cum id quod unus fecit et solvit, etiam aliorum nomine fecisse ac dedisse videatur, dabitur ex aequitate actio utilis negotiorum gestorum, *dd. ll.*

« *faciendum*, vel *praestandum.* » Atque eadem trina enumeratio apparet in *l. 13. § 6. de act. emti, l. 37. pr. de oper. libertor.*

Tria verba sunt, quorum quodque amplam vere significationem habet adeo, ut omnem actum comprehendat, de quo obligatio concipi potest. Primo enim verbum illud *dare*, licet proprie exprimat translatum dominium, *l. 167. pr. de R. I.*, etc.; tamen latius pro simplici traditione, et qualibet alia praestatione, usurpatur; veluti in *§ 2. I. quib. modis re contr. oblig.* ubi in commodato utendam rem dari, et in *§ 4. eod. tit.*, ubi pignus dari, dicit Justinianus (*a*). - De alia illa voce *facere*, clara est *l. 218. de V. S.* « verbum *facere* omnem « omnino faciendi causam complectitur: dandi, sol- « vendi, numerandi, judicandi, ambulandi. » - Denique etiam *praestari* passim in jure de solutione, datione, quolibet denique obligationis implemento, accipitur: notabilis est *l. 13. § 6. de action. emti.*

At in textibus illis, ubi tria haec cumulata sunt, specialis certe cuique tributa significatio est, ne eadem tertio repetita perperam esse judicemus. In hac speciali acceptione nominum definienda lata

(*a*) Paulus *l. 25. vers. quod si sic, de liberat. leg.* in legato tali: Heres meus centum aureos, quos mihi Titius debet, damnas esto ei *dare*, significari posse ait remissionem debiti.

est varietas Scriptorum. Sententiam nostram ultro proferamus.

Quoad obligationes, et contractus, qui sunt obligationum fontes praecipui, *datio* quando deberi dicitur, excluso facto et praestatione; haud quidem tam late accipi verbum putamus, ut omnem actum personae contineat; sed nec adeo stricte, ut solam proprietatis exprimat translationem. Vidimus enim ex Institutionibus *tit. quib. mod. re contr. oblig.* commodato et pignori aptatum dationis vocabulum (*b*). *Dationis* nomine actum debitoris omnem venire arbitror, qui vel natura, vel aliter, at sine absoluta operae debitoris ipsius necessitate, existat, aut existet, aut existere poterit. Atque ideo opponi *facto*, quod, et ipsum non generaliter acceptum, actum debitoris significat implentis id, quod opera ipsius positiva omnino indiget, ut existere possit; cujusmodi sunt pingere, construere, reficere aedes, etc. Atque haec quidem explicatio rationem declarat, cur ista, de qua agimus, obligationum divisio sit introducta, neque simpliciter aut dationis aut facti verbum solum adhibitum sit: romani enim, qui ad rerum usus apprime re-

(*b*) Excipiendae videntur stipulationes, quarum rigorosa forma strictiorem induxit significationem ita, ut generaliter dominii traslatio omnino exprimeretur, *l. 75. § 10. de V. O.*

spiciebant, haud divisionem invexissent, quae in usibus utilitatem non praestitisset. Scilicet in dandi obligationibus cogi ad id potest debitor, ut quod promisit exacte adimpleat: at in obligationibus ad faciendum, objectum obligationis a libero homine extorqueri non potest, qui operam suam dare recuset; adeoque debitor facere detrectans non ad hoc ut faciat, judicio convenitur, sed ut id quod interest solvat. Firmat opinionem hanc locus Celsi non facilis in *l. 97. § 1. de V. O.* Mihi, creditori Titii, stipulanti tu promisisti : Titii nomine te soluturum. Ait valere hanc stipulationem Celsus; tuum enim factum, teque soluturum, promisisti ; non autem factum alienum, Titium soluturum (§ 12). Porro quaerit, quaenam sit talis stipulationis vis; ad quid, quando, agi possit ex ea. Et statuit, promissorem tantum ad id, quod interest, compelli a me posse ; adeoque omnino non posse, si mea non intersit, utputa si «Titius sit locuples... « quid enim mea interest id a te fieri, quod si « non feceris, aeque salvam pecuniam habiturus « sum?» Denique stipulationem eam facti obligationibus accenset. - Itane tandem? At soluturum te promiseras; solutionem, dationem nummorum. Unde non intelligo, quod Cujacius, eum qui promittit dare, dationis debitorem esse, eum qui solvere promittit, esse debitorem facti asseve-

rat. Solutionis enim vox, ad pecuniam relata, quomodo de notione dationis dimoveatur, non percipio. Melior, nisi quid me fallit, ex his, quae superius disseruimus, responsio eruitur. Solvere Titii debitoris nomine, talis est actus de sui natura, ut non sine voluntate et facto promittentis possit adimpleri, ut pingere, aut aedificare. Si enim is, qui actum talem spopondit, recuset implere, non potest efficaciter conveniri, ut directe, quod promisit, nomine tertiae personae solvat. Dices forsan; at si de hoc conveniatur atque damnetur a judice, utique per pignoris capiones ac venditiones, pecuniam actor consequi poterit. Consequetur quidem, at non Titii nomine datam. Non pecunia tali Titius liberabitur, qui judicio non adfuit, condemnatus non fuit; cui idcirco judicium, inter alios acta res, non prodesse ad liberationem poterit. Id quod promissum est, Titii nomine solvi, exacte non obtinebitur. Igitur pro obligatione facti promissio de solvendo habetur ob adjectam illam solutioni notam, Titii nomine; quae facit, ut nonnisi ab debitore, ultro pecuniam nomine Titii offerente, possit directe adimpleri. Resolvitur denique in id quod interest; et, nisi intersit actoris, si Titius sit locuples, ut ait Celsus (*c*), actio nulla locum habebit.

(*c*) Et, adde, si sit homo fidelis. Nam, ut bene ait Paulus *l. 112. fi. de V. O.* « plerumque idonei non tam ex patrimonio, quam fide quoque « aestimarentur ».

Vidimus quidnam in contractibus atque obligationibus datio, tum factum, significet: remanet, ut de *praestatione* dicamus. Puto auxiliarium veluti nomen adjunctum pro actibus illis, qui nec dationis nec facti vocibus, ita, uti exposuimus, definitis, satis opportune significarentur (*d*). Veluti sunt doli, culpae praestationes; maxime vero facta illa negativa, seu abstentiones, quae patientiae praestationes dicuntur, *l. 22. de o. n. n.:* itali exprimimus uno verbo « *prestarsi* ».

Huc usque de vocabulis dare, facere, praestare loquuti sumus ad objectum contractuum definiendum, ac determinandum objectum actionum, in sua substantia inspectarum. Non eodem significatu verba similia in formulis in jus conceptis, a praetore propositis, accipi arbitramur. In formulis verbum illud *praestare* nuspiam exprimitur. Etiam formulis, quae in bonae fidei actionibus, atque in condictionibus incerti, a praetore dantur, et qualecumque obligandi agendique objectum esse possit includunt, abest verbum *praestare*. Etenim habent intentionem talem « Quicquid *dari fieri* oportet » (*e*). Itaque

(*d*) Simili forsan modo verbum hoc Gajus adhibet *comm. IV. 2.*, tractans de formulis: vid. (not. o).

(*e*) Quoniam nullae sunt in jus conceptae formulae ubi exprimatur « *praestare* oportere »; putant nonnulli verbum tale ad formulas in factum conceptas spectare. Plura tamen formularum hujusmodi exempla ha-

non bene aliqui in disputatione, quam nos superius de vocibus exegimus ad obligationum objectum relatis, utuntur locis, qui ad formularum conceptionem pertinent. Cum enim in formulis duas tantum e tribus adhibitas videamus, alterutram ibi largius accipi, concludere debemus: omnia namque obligationum objecta locum suum in formulis habere debent, adeoque etiam illud « praestare », quamvis non expressum specialiter. – Revera neque dationem, neque factum, eam in formulis significationem recipere censeo, quam habent in obligatio-

bentes ex Gajo, nullibi vocem talem invenimus. - Nec turbari debemus illis Gaji ipsius verbis *comm. IV. 2.* « cum *intendimus* dare, facere. prae« stare oportere »; quasi aliqua sit formula, cujus intentio » praestare opor« tere » concipiatur. Aut enim Gajus voce illa « praestare » generaliter indicare voluit formulas, quae non de dando neque de faciendo exprimantur, puta actionis furti, cujus intentio concipitur « pro fure damnum decidere « oportere » *Gaj. IV. 37.* Aut potius in toto illo, quod retulimus, inciso objectum intentionis reale, potiusquam verborum formam, expressit, scilicet enumeravit objecta contractus, quae inde agentes in intentiones deducimus. Exemplum esset in *l. Gall. Cisalp. XXII.* « dare, facere, prae« stare, restituere oportere »; ubi dubio procul non verba formularum atque intentionum, sed realia objecta enunciantur; nulla enim formula erat talis « restituere oportere ». Firmatur interpretatio haec ex eo, quod Justinianus, Gaji locum certe adhibens in *§ 1. I. de action.*, ita refert « pro« ditae sunt actiones in personam, per quas intendit adversarium ei dare « aut facere oportere, aut aliis quibusdam modis ». Caeterum ipse Gajus *comm. IV. § 5.*, propius considerata formula, excludit verbum *praestare* « in personam vero actiones, quibus dari fierive oportere, intendimus ». Idem exhibet in *comm. IV. § 41.*, ubi verba intentionum describit.

num describendis objectis. In formulis verba solemnius accipiuntur. Etiam illud verbum « oportere » intellectum est, deberi jure legitimo ; unde quando alio jure nempe praetoris edicto vel disputatione fori deberetur, opus fuit inducere actiones in factum, in quibus verbum illud non exprimitur. Rigorosa pariter verbi « dare » acceptio est, ut in formula translationem tantum dominii significet (*f*). Aliud est verbum « facere », quod latissime in formula intelligitur, utpote quod minus rigidam in jure acceptionem habere solet. Primo quidem per illud significatae sunt rerum translationes, quando non dominium, sed possessio transferretur. Et sic accipe Pomponium *l. 175. de V. S.* « faciendi verbo, « reddendi etiam causa continetur », atque compone cum Celso *l. 94. eod. tit.* « verbum reddendi... « recipit tamen et per se dandi significationem »: nempe Pomponii propositum est definiendi verbum in formula, Celsi autem describendi objecti in obligatione. ut redditionem ille ad factum, hic ad dationem referat. Praeterea quoniam in eo erant juris nostri auctores, ut verbum illud faciendi, quod rigorosam acceptionem non habet, in formula ampliarent; facilius in illud alia, praesertim negativa facta immiserunt, quae in contractibus prae-

(*f*) Arg. *Gaj. IV.* 4. Vid. (§ 1. not. d. e).

stationis nomine exprimuntur, et usu distincto nominis ejusdem in formula abstinuerunt, *l. 189. de V. S.*

§ 24. *Obligationes dividuae atque individuae.*

Vidimus in paragrapho superiori de una obligationum, ex objecto deducta, divisione. Altera ratione objecti, longe gravior succedit, ut aliae obligationes *dividuae* sint, aliae vero *individuae;* prouti praestatio, quae in objecto est, per partes fieri possit, vel nequeat. In ardua tractatione bene memoremus oportet, quandonam dividi possit, quando non possit praestatio. Obligationes ad dandum, si corporale aliquid ac determinatum recipiant, certe dividuae sunt. Veluti si pecunia certa; aut ille equus: aut Stichus in specie, debeatur, *l. 54. pr., l. 85. § 1. de V. O.* Etsi enim equus, aut Stichus, materialiter discerpi, salva substantia, nequeat; at potest intellectualiter, uti ajunt, dividi ita, ut quisque e condominis partem suam intellectualem promittat et solvat. Neque objicias, abstractionem hanc esse puram putam, nullamque solutionis efficaciam futuram, quando qua parte reapse potiri possit servo, atque ex eo utilitatem capere, accipiens non dignoscat. Valida namque esset objectio, si dominii translatio in solo corpore, solisque membris servi

explicaret efficaciam suam; tunc enim vere inepta esset intellectualis divisio ad hoc, ut partem quisque propriam agnosceret atque haberet. At dominium translatum extra corpus ipsum servi operatur, in percipiendis operibus, accessionibus, causis, in locando vendendoque. Percipi haec possunt utiliter, licet pars servi intellectualis, ex. gr. pars dimidia, translata sit; medietatem operarum, mercedis, pretii etc. is, qui dimidiam servi partem accepit, obtinebit. - Quod si obligatio sit ad aliquid incorporeum dandum, puta ad dandam servitutem (ut de hac loquar, de qua maxime disputatur); distinguendum est. Reales servitutes individuae sunt, via, actus, iter, etc.; quia in solo rerum corpore exercentur, videlicet favore fundi super fundum ubi aliquid patiendum vel non faciendum sit. Servitutes hae corpora omnino non egrediuntur; haud fructus perceptionem, haud vendendi locandive juris facultatem continent, *l. 44. locati.* Unde pro parte, vel intellectuali, neque constitui neque exerceri possunt; ea enim in mera abstractione maneret; neque intelligi posset, cui parti serviretur, cui non; quid serviret, quid liberum esset. Inversa ratione ususfructus dividuus est; pro parte constitui, pro parte exerceri potest: cum enim efficacia illius egrediatur merum fundi servientis corpus, fructusque percellat; translatio partis intel-

lectualis operatur in fructibus dividendis, atque affert utilitatem realem. Proposita de servitutibus distinctio exhibetur in *l. 5. de usufr. et quemadmodum quis utat.*, *l. 72. pr. de V. O.*, atque alibi frequenter.

Obligationes ad faciendum plerumque (*a*) individuae sunt; neque enim dici potest factum, quod non integre factum sit, *l. 72. pr.*, *l. 85. § 2. de V. O.*: ineptus esset pictor, qui cum figuram perficere deberet, delineatos oculos aut frontem offerret, petens pro portione mercedem.

In juribus et obligationibus individuis sive exercendis sive adimplendis, quid juris sit declarare de-

(*a*) Plerumque, inquam: concipi enim ad faciendum obligationes dividuae possunt. Exemplo sit stipulatio, rem ratam haberi. Cautionem hanc si praestiterit procurator, potest deinde dominus pro parte ratum habere, pro parte non, *l. 17.*, *l. 18. ratam rem hab.* Si vero cautionem eamdem praestitisset dominus, ut relevaret procuratorem suum; tunc ipse non potest pro parte tantum ratum habere, *l. 4. § 1. de V. O.*, utique vero in heredibus ejus, unum quidem ratum habere, alium non habere, concipitur, *d. l. 4. § 1.*, *l. 2. § 2. de stip. praetor.* Quando factum hujusmodi dividuum est, dividitur actio ex stipulatu: veluti si renovatum deinde judicium sit adversus unum tantum ex heredibus stipulatoris, hic solus aget pro parte sua, *ibid.* In *d. l. 2. § 2.* dubitat Paulus de heredibus promissoris, si unus ratum habere nolit; utrum, pro parte tantum ejus, adversus eum agi possit, an tota stipulatio committatur. Sed Paulus idem in *d. l. 4. § 1.*, invocata auctoritate Marcelli, etiam tunc dividi actionem statuit. Vid. Cujac. *edit. neap. I. 1160.* - Similia repetenda sunt de stipulatione, amplius non agi, *d. l. 4. § 1.*

bemus. Quando unus tantum sit creditor, unusque debitor, obligationes dividuas ab individuis distinguere, haud multum refert. Generalis enim regula est, creditorem a debitore suo ad partialem recipiendam solutionem, etiam ex dividua obligatione, adstringi non posse; et solum praetor partiales solutiones, quando non magna incommoda afferant, aequitatis causa confirmat (§ 42). - At maximum distinctio habet momentum, quando plures debitores seu creditores sint, aut plures unius debitoris seu creditoris heredes. Regulae generales divisionem suaderent obligationis; in primo casu, quia in hac quaestione supponimus correitatem non fuisse inductam; in altero, quia lex decemviralis inter plures heredes dividi pro partibus hereditariis obligationes constituit. Et partitio quidem fit, quando dividua sit obligatio: quisque ex pluribus creditoribus aut ex pluribus unius creditoris successoribus petit pro parte sua; tenetur pro sua portione quisque ex pluribus debitoribus aut pluribus heredibus debitoris (*b*). Sed quoniam partitio hu-

(*b*) In redhibitoria actione duo singularia sunt. Primum, quod odio mangonum et venaliciorum statutum sit, ut si plures uni servum vendidissent, isque ob vitium sit redhibendus, possit adversus unumquemque in solidum agi, modo is, qui convenitur, partem servi majorem aut certe non minorem vendidisset, faciliore ita effecto actionis exercitio, *l. 44. § 1. de aedil. edict.* Praeterea, si unus rem aliquam emat, et pluribus heredibus

jusmodi quando individua obligatio est, expediri non poterat, regulae constituendae speciales fuerunt, ut creditorum vel debitorum sive in persequendo obligationem, sive in exequendo, mutua inter se conditio definiretur. Adeo implicati sunt multiplices illi, qui ad tales regulas pertinent, textus, ut non defuerint qui jurisconsultos de inconstantia notarent. Funditus explicandis regulis, et fragmentis componendis, pro viribus contendamus.

Seponendi primo sunt casus, in quibus aut non plene aut non vere individua obligatio est; ita, ut quatenus individuitas, uti ajunt, deest, extra quaestionem ponendi sint. - Non plene individua est obligatio, quando factum aliquod ita est in obligatione, ut, si plures creditores sint aut creditoris heredes, integrum singulis debeat praestari. In genere qualecumque sit sive dividuarum sive individuarum obligationum objectum, semel tantum praestari integrum debet: quod etiam in facti obligationibus verum est; nec enim si pluribus promissa pictura fuerit, totidem sunt picturae praestandae, sed unius praestatione promissor liberatur. At quae-

relictis decedat, non singuli heredes pro parte hereditaria redhibitoriam exerceant, sed simul omnes, dato uno procuratore, *l. 31. § 5. eod. tit.* Scilicet ne, uno redhibente, aliis ab[illegible]bus, atque ita re tantum ex parte redhibita, ad necessariam co[illegible]digeretur [illegible] e valde displicet, utpote discordiar[illegible] perpe[illegible]

dam naturae talis facta occurrunt, ut si plures sint creditores vel plures creditoris heredes, repeti singulis debeant. Promissa est, non servitus quidem actus, sed praestatio patientiae agenti de facto, ita: Mihi, heredique meo agere licere spondes? Spondeo. Pone plures fieri heredes stipulatoris: omnes pati tenetur promissor; totque patientiae praestationes, quot heredes sunt, integras debet. Est obligatio hujusmodi individua aliquatenus; aliquatenus autem dividua. Individua est primo, quia non pro parte fundi praestatio concipitur; admissus qui ad fundi medietatem fuerit, at ex alia medietate repulsus, vere exclusus est. Individua item eo intuitu, quod si promissori plures heredes successerint, omnes simul pati necessarium est; si enim vel unus non patiatur, integra praestatio turbatur. Sed dividua est, quatenus non turbatur integra praestatio, si plures sint stipulatoris heredes, atque unus tantum admittatur, alii excludantur. Utilis enim illi fuit admissio; ipsi satisfactum est. Dividitur causa heredum stipulatoris, ut alii quidem suo nomine possint agere, qui exclusi fuerunt; at quoad eum, qui fuit admissus, neque ab ipso neque ab alio, nomine ejus, actio promoveri queat. Actionem alii de solo suo, quod laesum fuerit, jure exercebunt, de eo tantum quod ipsorum interest admissos non esse. Est igitur obligatio divi-

dua ex parte heredum stipulatoris; ex parte successorum promissoris, est individua, *l. 2. § 5. 6. de V. O.* (*c*).

Praeterea aliquatenus individuae sunt, at non penitus, obligationes dandi alternativae, vel generis: ex. gr. dandi Stichi aut Pamphili, vel dandi hominis (*d*). De sui natura obligationes hujusmodi dividuae sunt, quia dividuas in objecto res habent. Individuae sunt eo solum intuitu, quod cavendum sit, ne per divisionem solutionis eo res adducatur, ut promissum quod fuit executionem non obtineat. Etenim, retenta penitus dividuitate, posset prius unius hominis, Stichi, solvi pars; porro, comminuta ita pro dimidio obligatione, praestari pars hominis alterius, Pamphili: atque ita liberari debitor, quin hominem reapse habuisset creditor. Eo, ne tale quid eveniat, intuitu, pro individuis tales obligationes habentur; ubi vero hujusmodi periculum absit, dividuae restant, *l. 15. de l. 1.*, *l. 2. § 1. de V. O.* Hinc, si creditori soluta pars hominis fuerit, nulla interea liberatio, ne ex parte quidem, contingit; indivisa manet integra obligatio, ne illud forte perversum eveniat.

(*c*) Eadem dicas de stipulatione: Mihi heredique meo habere licere; deque ea: Dolum malum abesse a te heredeque tuo, *l. 3.*, *l. 4. pr. de V. O.*

(*d*) Modo non genus in re fungibili consistat, ex. gr. in nummis. Res fungibiles dividi egregie possunt, ceu dictum est superius.

Sed si deinceps alia hominis ipsius portio praestetur, cessante periculo, convalescit solutio antecedens, quae novae conjuncta integram efficit liberationem, *l. 26. § 13. de cond. indeb.*, *l. 2. § 1. de V. O.*, *l. 9. § 1. de solution.* - Atque ita etiam explicatur, cur creditor partem accepto habere possit, ex. gr., promisso Sticho aut decem, Stichi medietatem; ita ut dimidium obligationis cadat, neque peti, nisi alia medietas Stichi aut quinque, possit, *l. 17. de acceptil.* Rursus quia nullus esse potest timor, quod duae diversarum rerum medietates per solutiones partiales praestentur: creditori enim ea, quam accepto habuit, pars amplius certe non praestabitur, nullaque talis mixtura contingere poterit. Ut ad nostram de pluribus, quae sint in obligatione, subjectis redeamus; si plures personae alternativa, aut generis, obligatione teneantur, partes vere sunt in cujusque debito; quia dividuum, uti vidimus, de sui natura objectum est, scil. non ita est individuum, ut, si divisio fieret, corrumperetur stipulatio. Cum autem adversus neminem, plusquam ipse debeat, intendi possit; hinc actio adversus unumquemque ex illis pro parte promovebitur. Neque objicias, renovari ita periculum mixtarum ex rebus diversis partialium praestationum; veluti si unus per sententiam unam damnatus dimidiam Stichi praestet, alius vero ex alia

diversi forsan judicis sententia praestet medietatem Pamphili. Id enim ob regulam romanam, sententias de pecunia perpetuo concipi debere *Gaj. IV. 48.*, evenire non poterat. Quisque de pecunia condemnabitur, pecuniamque praestabit, fiet nummorum, non absurda certe, commixtio. - At quando periculum tale vere revertitur, redit etiam individuitas. Veluti si e debitoribus unus velit sponte, non expectato judicio ac sententia, obligationi satisfacere; non rei alicujus offerre partem, ut id assequi possit, sed integrum solvere debet; adamussim, ne, alio etiam debitore simile consilium capiente, alterius rei pars ab isto solvatur, denique creditor id, quod promissum fuit, non assequatur. Tradit haec Paulus *l. 85. § 4. de V. O.* (*e*). Ait jurisconsultus, casum hunc esse, quo pro parte petitio sit, at solvi nisi totum non potest. Non novum in jure est, ut si quis velit sese obligatione liberare, debeat solidum aliquid solvere, at, id nisi faciat, solum de rei alterius parte compelli judicio possit. Exempla praestant illi casus, quos jam expondituri sumus.

(*e*) Consequitur quod Paulus tradit *l. 2. § 3. de V. O.* Si creditor judicio expertus cum uno e debitoribus, amiserit (bene enim post Bartolum plerique speciem ita describunt), potest alius partem solvere, quia nullum superest injustae illius mixtionis discrimen.

Nimirum aliquando obligationi de re dividua apponitur dandi faciendique conditio, cujus objectum individuum est, aut non commode dividuum ita, ut pro individuo a jure civili habeatur. De his casibus, in quibus nulla vere individuitas obligationis est, sed figura tantum atque vicinitas individuitatis, inquirendum sedulo est. Exemplo sit stipulatio: Si iter non dederis, dabis centum? Quum stipulatio conditionalis, si conditio illa negativa existat, committatur, iter autem quod in conditione est dividi non possit; tum promissor, actionem ex stipulatu vitare cupiens, curare debet, ut integrum, quod in conditione est, praestetur objectum. Quare si plures sint stipulatores et creditores, non promissor stipulationem committi, ac plenam de centum actionem promoveri, vitabit, si tentet uni ex parte iter praestare: actio exercebitur; aget imo is quoque, in quem tentata fuit inefficax haec, futilisque, pro infecta habenda, praestatio. Vicissim si sint plures debitores; perperam unus ex parte sua itineris dationem tentaret; integra enim adhuc de centum actio promoveretur, eodem prorsus modo, ac si partialis oblatio facta non esset, *l. 4. § Cato, 1., l. 5. § pen. in fi., et § ult., l. 85. § 3. 6. de V. O.* – Verum non adhuc ad quaestionem nostram hosce casus plene retulimus. Demonstravimus tantum, integram deficere debere negativam illam

conditionem, totum id quod in ea est, dandum esse vel faciendum, ad hoc, ut actio vitetur; secus, actionem de integris centum promoveri. Nondum tamen dictum est, utrum in hoc non deficientis conditionis casu occupans primus e creditoribus pluribus totam pecuniam petere possit, totaque peti queat ex quolibet e debitoribus pluribus; an pro rata petitio singulorum, et adversus singulos, dividatur. Certe pro rata agendum est ab unoquoque creditore, contra unumquemque debitorem: quam quidem sententiam contra Bartolum, aliosque e veteribus, Accursius, Cujacius, ac plures deinde defenderunt. Individuitas enim non in objecto stipulationis est, sed conditionis. Existente semel conditione, pura efficitur stipulatio: Dabis centum?; centum autem sunt certe dividua. Coeteroqui verba Pauli clara sunt *l. 4. § 1. de V. O.* « poenam committi pro « portione hereditaria ». Igitur casus isti, in quibus vicina quidem est in conditione individuitas, at non inest obligationi, sunt de nostra quaestione dimovendi.

Proxime autem his accedit tractatio de cautione damni infecti quoad articulum nostrum. Minantur aedes meae ruinam. Vicinus, qui ne propriae opprimantur, timet, haud me recta potest ad reficiendum adigere. Optime Rosmini, de juris philosophia scribens, tradit, in metu damni futuri nul-

lum praesens praeter justam suspicionem damnum esse posse, cui quidem cautiones opportune praestitae satis idonee medentur. Ita romani. Qui timenti juste vicino cavendum de damno infecto voluere, stipulanti scilicet promitti, si damnum fiet, tantam pecuniam dari. Quoniam non uti refectio, quae individuum factum continet, ita etiam pecunia, quae in cautionem inducitur, individua est; dividuam hanc stipulationem esse, evidenter consequitur. Utique si cautionem dare, aut ex ea data adversus me agi, vitare velim, reficere debebo aedes, et plene quidem reficere, ne minentur adhuc, neve concidant. At nisi id praestiterim, minenturque aedes ruinam, aut corruant, cautio praestabitur aut committetur stipulatio de pecunia semper dividua. - Hinc si plures sint minantium domini aedium, ex singulis cautio pro parte petetur; damnoque postea contingente, singuli qui caverint, aut etiam unius, qui cavisset, singuli heredes, pro parte tenebuntur, *l. 27., l. 48. § 3. de damn. inf., l. 11. § 3. de aqua et aq. pluv., l. 2. § 2. de stip. praet.* Notanda in *d. l. 11. § 3.* Pauli disputatio, convenientissima nostrae; consideranda postrema illa ratio « quia non de praeterito sed de fu« turo damno agitur ». Hinc enim factum est, quod non refectio illico, quae individua fuisset, sed simplex cautio de pecunia dividua, peti posset. - Quod

si plures domini sint vicinarum aedium, quas impendet minax ruina, ex rationibus ipsis pro parte quisque sua tum caveri sibi petit, tum indemnitatem actione ex stipulatu persequitur, *l. 27., l. 40. § 2. de damn. inf.* - Ex cautione damni infecti actio dividua est, quia sola dividua pecunia est in objecto obligationis: seponenda igitur et ipsa a quaestione nostra de vere individuis obligationibus (*f*).

Denique extra quaestionem nostram est casus, quo obligatio quidem individua fuit, ex. gr. de facto; inde vero, ea non impleta, contigit damnum creditori; damnum autem hoc reficiendum, non directum obligationis ipsius implementum, creditor agendo persequatur. Damna aestimantur pecunia; dividua praestatione reficiuntur: quare in qualibet personarum pluralitate actio dividetur, *l. 72. pr. vers. Celsus, de V. O.* cf. *l. 114. eod. tit.*

Jam veniamus ad tractationem obligationum vere et plene individuarum, et videamus quasnam regulas in earum persecutione et implemento, quan-

(*f*) Paribus regulis describuntur obligationes plurium heredum venditoris, quales hae sint occasione evictionis, in *l. 65. de evictione., l. 4. § ult., l. 85. § 5., l. 139. de V. O.* Duae sunt obligationes eorum: alia de defendendo; et haec quidem individua est, omnes defendere debent, et quolibet defugiente omnes tenebuntur. Alia, si non defenderint, de praestanda dupla promissa; haec autem ad pecuniam dirigitur, et dividua est.

do plures sive creditores sint sive debitores, jus nostrum constituat.

Nullum in hac indagine punctum ferri posse putamus, nisi duo, quae prima facie facile confunduntur, prorsus distinguamus: videlicet quidnam in hisce casibus, quibus ex vere individua obligatione agendum sit, in *intentionem* formulae, quidnam in *condemnationem* inducatur. Intentionis, ubi jus suum actor, utputa creditum jusque obligationis, concludit, diversum objectum est, ac condemnationis, qua judici condemnandi absolvendive potestas permittitur. Primo enim si factum in obligatione sit, cum homo liber ad faciendum adigi non possit, atque obligationes hujusmodi in id quod interest praestandum resolvantur; necessario formula dabitur, quae in intentione quidem factum ipsum debitum comprehendat, at in condemnatione id quod interest, nempe pecuniam. Formulam habemus ex Gajo *comm. IV. 51. 136.* et ex *l. Gall. Cisalp. c. XX.* « Iudex esto. Quod A. Agerius de N. Ne- « gidio incertum stipulatus est quiquid ob eam rem « N. Negidium A. Agerio dare facere oportet, ju- « dex N. Negidium A. Agerio dumtaxat X. milia « condemna, si non paret, absolvito ». Intentio quidem « dare *facere* oportet » factum, quod in obligatione est, complectitur. Sed condemnatio non ad ipsum factum, sed ad id quod interest, intra illam

taxationem; seu praefinitam summam, dirigitur. - Imo ex formularum systemate in omnibus obligationibus, sive dividuis sive individuis, etiam ad rei dationem directis, modo non sint de pecunia certa, distinguitur intentionis et condemnationis objectum. Quamvis enim res in objecto juris sit, ea quidem in intentionem inducitur (*g*), in condemnationem tamen deducitur aestimatio et pecunia, *Gaj. IV. 48.* Interdum judex per jussus seu arbitratus suos rei ipsius praestationem fieri tentat; nisi proficiat, sententia ad aestimationem semper, atque pecuniam condemnat.

Quoniam in omni formula, data etiam ex individua obligatione, intentio quidem de ipso debiti objecto, condemnatio autem, ac sequens sententia, de pecunia concipiuntur; hinc quando ex obligatione individua agitur, intentio quidem, quae de ipso in-

(*g*) In litis contestatione saepe novatio fit; at ea novatio singularis est, neque plena, ita ut jus praecedens non omnino tollatur (§ 46). Patet id ex ipsa intentione formulae, ubi objectum juris atque obligationis deducitur; item ex eo, qui aliquando adhibetur, jussu seu arbitratu judicis, quo reus objectum ipsum juris et obligationis praestare jubetur. Adeo ut in illis judiciis, ubi jussus talis ac pronunciatio locum habet, Proculiani facilius admitterent, reum conventum post litis contestationem solvere adhuc, et condemnationem vitare posse: licet meliori consilio Sabiniani in omnibus judiciis facultatem hujusmodi reciperent; quod sic exprimebant: Omnia judicia esse absolutoria, *Gaj. IV. 114.*, locus lacunosus, egregie restitutus ab Huschke.

dividuo objecto est, dividi non potest; at bene divisionem condemnatio patitur, ideoque sententia sequens, utpote quae continent dividuam pecuniam. – Quamobrem quaestio nostra in duas scinditur. Prima quaestio est: Si in obligatione individua plures creditores vel creditoris successores sint, aut plures debitores vel debitoris heredes; eane individuitatis efficacia erit, ut quisque, adversus quemque, solidalem in formula intentionem concipiat? Secunda vero sequens: Quod si intentio sit solidalis, an condemnatio etiam solidalis erit, atque sententia? Cum enim in condemnatione pecunia, quae dividua est, contineri incipiat, posset ibi incipere divisio. Quo casu is esset rei exitus, ut qui judicio fuerit compulsus, si quidem vitare sententiam velit, integrum actori praestare deberet, ac si unus esset creditor, unus debitor; de integro itidem jussus seu arbitratus judicis, quando locus ei sit, conciperetur: at si ad sententiam deveniretur, haec pecuniae partem tantum contineret prae numero creditorum aut debitorum. Potest autem egregie formula ita componi, ut intentionis amplitudo in condemnatione restringatur. Nam obligationes individuae quae sunt, nempe de servitutibus deque factis, ipsae sunt incertae, *l. 35. de S. P. U., l. 22. § 1. de cond. indeb., l. 75. § 7. de V. O.* At incerti condictiones, quae ex incertis obligatio-

nibus nascuntur (§ 1. not. 6. fi.), semper condemnationem cum taxatione habent, *Gaj. IV. 51.* « ejus « judex N. Negidium A. Agerio dumtaxat X. milia « condemna » (*h*). Occasione taxationis hujus poterat praetor eam, quae justa videretur, limitationem condemnationi appingere.

Quoad primam de intentione quaestionem, firmiter tenendum est, solidalem illam esse debere, quia ipsum objectum, quod individuae obligationis est, continet, et absurda expressio ipsa divisionis est, veluti: Medietatem itineris dari oportere. Huc spectant *l. 17. de servit.*, *l. 4. § 3. si serv. vind.*, *l. 25. § 9. fam. ercisc.*, *l. 2. § 2. de V. O.*, quae sunt de casu unius agentis e pluribus jus individuum habentibus, aut e pluribus heredibus ejus, qui jus individuum habebat; tractant autem praecipue de servitutibus, sive ut debitae constituantur, sive ut defendantur constitutae. Quoad alium casum compulsi unius e pluribus aliquid individuum debentibus, aut e pluribus ejus, qui debebat, successoribus; eodem referuntur, de servitutibus itidem praecipue tractantes, *d. l. 17. de*

(*h*) Concordat *l. Gall. Cisalp. c. XX.* - Vestigia distinctionis inter diversas formulae partes quoad nostram quaestionem, qualis superesse possunt operae Triboniani, qui systematis formularum memoriam ipsam delere tentavit, sunt in *l. 4. § 3. si serv. vind.*, *l. 25. § 9. famil. ercisc.*, *l. 22. depos.*, *l. 6. § 6.*, *l. 11. § 3. de aqua et aq. pluv.*

servit., *d. l. 2. § 2.*, *l. 85. § 2. de V. O.*, *d. l. 25. § 10. fam. erc isc.* (*i*) - Attamen methodus alia potuisset eligi: scilicet ut omnes simul agerent, aut simul ageretur adversus omnes, dato aut accepto uno procuratore. Haec ideo recepta non est, quia modo ob alicujus desidiam, modo ob absentiam, denique ob perpetuos, uti fit in hominum sententiis, dissensus, incommoda, tricas, difficultates nimias produxisset (*k*).

Quoad aliam quaestionem de condemnatione duae erant generales rationes, quarum una solidalem eam, alia dividendam suadebat. Ecce enim si intentio, uti probavimus, solidalis est, reus justae intentioni obsequi debet et praestare solidum: cum autem condemnatio sit spretae intentionis veluti consectarium, tantam eam esse conveniens est, quanta fuit intentio. At contra dividuam condemnationem suggerit principium de dividendis, quoad fieri potest, inter plures creditores seu debitores obligationibus, condemnatio vero, cum de pecunia sit,

(*i*) Excipiendus semper usufructus, dividuus: partito a quolibet ex pluribus, tum ex quolibet, petitur, *l. 5. de usufr. et quemadm.*, *l. 6. § 4. si serv. vind.*

(*k*) Accedente tamen alia gravi consideratione, methodus haec aliquando obtinet; uti vidimus quoad actionem redhibitoriam ex *l. 31. § 5. de aed. ed.* (not. d) - Vid. *l. 21. § 6. de o. n. n.*

recipit utique divisionem (*l*). – In hac rationum veluti trutina inclinatum est eo, quo aliarum singularium rationum pondus accederet. Ponamus primo casum plurium creditorum: ex. gr. architectum unum duobus aedificium promisisse. Valuit secunda consideratio, divisa condemnatio est; quia alia ratio accedebat singularis. Quando enim duo illi jus constituendum sibique quaerendum curaverunt, at non sese correos constituerunt (quod in universa quaestione supponimus); cujusque ex parte tantum interesse, fieri aedificium, evidenter monstraverunt. Componat licet agens quisque intentionem solidalem, uti fert individui facti, quod in hanc inducitur, necessitas; at condemnationem qua id quod interest continetur, solum de parte sua concipiet; absurdum enim, et contradictorium esset in terminis, id quod interest persequi praeterquam intersit. Textus in *l. 25. § 9. fam. ercisc.* « omnibus « in solidum competere actionem; et, si non prae- « stetur via, pro parte hereditaria condemnatio- « nem fieri oportet ». Tum enucleate in *l. 4. § 3. si serv. vindic.* « si fundus, cui iter debetur, plu- « rium sit, unicuique in solidum competit actio

(*l*) Favebat etiam taxatio, quae in condemnationibus ad nostras formulas pertinentibus inducitur: uti superius ex Gajo notavimus *comm. IV. 51.*, et ex *l. Rubria de Gall. Cisalp. XX.*

« (et ita et Pomponius lib. XLI scribit): sed in « aestimationem id, quod interest, veniet; scilicet « quod ejus interest, qui experietur. Itaque de jure « quidem ipso singuli experientur, et victoria et « aliis proderit, aestimatio autem ad quod ejus « interest revocabitur. »

Ponamus jam plures esse, qui debeant. Tunc generaliter praevaluit consideratio prior, nimirum condemnationem esse intentionis spretae consequentiam; ita, ut solidali intentioni solidalis item succederet condemnatio. Cessabat enim singularis illa ratio, quae in casu plurium creditorum partitam condemnationem suasit. Unum enim habemus hic creditorem. Quando agit is, licet adversus unum e debitoribus pluribus solum experiatur; actor existit, cujus interest ex integro, adeo ut solidalem pro eo concipi condemnationem, absonum omnino non sit. - At rursus in hoc ipso plurium debitorum casu receptum fuisse putamus, quod, si fons, unde obligatio individua nascebatur, minus regularis esset, atque ad ea jura pertineret, quae solitis legum praeceptis non conveniunt; haud praegravari debeat, qui solus judicio compellitur. Quoniam non admodum peccare visus est, qui intentioni solidali, ex jure minus regulari natae, non paruit; valuitque alia consideratio, quod condemnatio sit de sui natura dividua. Hanc reapse adversus eum partito

proponi debere, placuit. - Quamobrem si unus ex debitoribus, individua obligatione colligatis, conveniatur; regulam esse arbitramur, non intentionem tantum, at etiam condemnationem, in solidum concipi; exceptionem vero de casibus juris non ordinarii subesse, intentionem quidem solidalem, partitam proponi condemnationem.

Atque, ut a regula incipiamus, textus ei non obscure suffragantur. Opus fieri jussit, pluribus scriptis heredibus, testator: in obligatione individua, atque gravissima, singuli heredes solidaliter omnino conveniri possunt, scilicet plena tum intentione tum condemnatione, *l. 80. § 1. ad l. Falc.*, *l. 85. § 2. de V. O.* Idem servatur, quoties ex testamento vel ex stipulatione realis servitus debeatur a pluribus, sive promissoribus, sive promissoris heredibus, *l. 25. § 10. fam. ercisc.*, *l. 80. § 1. ad l. Falc.*, *l. 2. § 2. de V. O.*; aut si constituta in plurium fundo realis servitus turbetur, et confessoria agatur, *l. 4. § 4. si serv. vindic.* Unius conventi solidalis solutio erit; et plena ita actori praestita satisfactione, etiam alii liberabuntur, adversus quos pro portionibus experietur ille actione communi dividundo vel familiae erciscundae, *d. l. 25. § 10. fam. ercisc.*, *d. l. 2. § 2. de V. O.* (m). - Sem-

(m) Add. *l. 2. § 5. de V. O.*

per regulare jus est, semper ad solita legum praecepta pertinet obligatio: hinc plena usque adversus unumquemque actio comparatur (*n*).

(*n*) Ad regulam eamdem spectant actiones noxales. Actiones hae hominem qui nocuit, quadrupedem, caput quodammodo persequuntur: unde dominus ad dedendum vel indemnitatem praestandam conventus, servum vel bestiam defendere dicitur. At defensio, factum est individuum; ita, ut qui non ex integro defendat, perinde sit, ac si non defenderet omnino, *l. 4. si ex nox. caus. agat.* Ex hac defensionis individuitate fit, ut noxales actiones individuae videantur. Nam vere, quae duo alternatim sunt in actionum talium objecto, hominis aut bestiae cedendum dominium, et indemnitatis praestatio, divisionem admittunt. Hinc est, quod siquis ex pluribus hominis aut animalis condominis, noxa illata, nondum accepto judicio, neque individua illa inita defensione, nitro parte sua cesserit, per hanc partialem dationem penitus liberatur, *l. 8. de noxal. action.* E converso si ex dominis unus suscipiat judicium, atque incipiat defendere, totum jam defendere, sique defensio male cesserit, totum corpus dedere debet, ut condemnationem vitet praestandae indemnitatis, *d. l. 4. si ex noxali causa*; nam per initam individuam defensionem facta individua ejus obligatio est. - Quid tum postea? an, nisi totum defendat, aut nisi post defensionem susceptam integrum dodat, condemnatio de indemnitate solidalis erit? an potius pro parte ipsius? Etenim distinctae sunt, uti firmavimus, quaestiones. Nimirum solidalis, quamquam de pecunia sit, condemnatio inducitur, *d. l. 8. de noxal. act., l. 5. pr. eod. tit., l. 25. § 15. famil. ercisc., l. 14. § 2. de servo corrupto, l. 11. § 3. de aqua et aq. pluv.* Ita ut plene actori satisfiat; alii condomini liberentur, qui tamen, si expedisset non dedere servum, actione communi dividundo pro suis portionibus tenebuntur, *d. l. 25. § 15. fam. erciac., d. l. 8. de nox. act., d. l. 11. § 3. de aqua et aq.* Regularis obligationis haec consequentia fuit.

Item ob gravitatem obligationis cautio, quae occasione operis novi nuntiationis datur, plene solidalis est. Quando quis opus novum, quod injustum nobis esse videtur, suscipiat, opus novum nuntiamus; cujus nuntia-

Verum neque exceptionis exempla desunt in Pandectis. Hujusmodi est primo loco actio aquae plu-

tionis effectus est, ut ille incepto desistere debeat. Attamen operis novi nuntiatio remittitur, si ipse caveat, data plerumque satisdatione. De quonam cautio datur? Novi operis destructio promittitur, si injustum esse apparebit, puta per sententiam judicis de injustitia pronuntiantis, *l. 21. § 1. 2. de o. n. n.*, etc. Cur non potius, uti in cautione damni infecti mera pecuniariae indemnitatis praestatio promittitur in casum damni evenientis? Nempe ex rationibus indolis operis novi nuntiationis intrinsecus cohaerentibus, ac juri ordinario convenientibus. Tum quia interdum in novo opere nuntiando non de minis tantum ac timore querimur, sed de injustitia absoluta operis, veluti quod in nostro aedificetur, *l. 1. § 16. seqq.*, *l. 5. § 10. de* o. *n. n.* Tum quia novi operis nuntiatio semper fit de opere non perfecto, sed parato atque coepto, *l. 1. § 1.*, *l. 21, § 3. eod. tit.*; quo graviora fiunt jura nuntiantis, atque ejus, cui nuntiatur, graviores obligationes; quandoquidem is, non obstante tanta illius vigilantia, tamque opportuna de cessando admonitione, pergere, cautione data, quam cessare malit. Quare, vix ac injustum inde opus appareat; ut tollatur, justius est, quam ut expectetur damnum, et pecuniarie demum resarciatur. - Itaque cum haec cautio de opere restituendo concipiatur, uempe de facto individuo, *l. 2. § 1. fi. de stip. praet.*; patet, quod si plures opus nuntiaverint, singulis caveri debeat in solidum; sique nuntiatum sit pluribus, cavere in solidum singuli debent, *l 21. § 5. 6. de* o. *n. n.* Praeterea, si, postquam data cautio esset, injustum esse et restituendum aedificium apparuerit, solidalis omnino adversus unumquemque ex his, qui cavissent, eorumque heredibus, actio ex stipulatu datur, ita, ut solida etiam condemnatio sit, *d. l. 2. § 1. de stip. praet.* Etenim ex gravissimis juribus atque obligationibus actio nata est. - Certe si ex pluribus, qui nuntiaverint, et quibus cautum esset, ex stipulatu agere instituat unus, solidalis intentio, partita de eo, quod agentis intersit, erit condemnatio; quod perpetuum esse vidimus in casu plurium creditorum, quando unus tantum agat. Quo respectu accipiendum est quod Paulus ait *l. 4. § ult. de V. O.*, unumquemque ex his pro portione sua habiturum actionem.

viae arcendae. Occasionem actionis exercendae describit Ulpianus *l. 1. § 1. de aqua et aquae pluv.* Scilicet occasio est, opus a vicino factum in suo, quo aliter aqua pluvia, quam natura soleret, fluat in nostrum, citatior, major, vehementior; adeo, ut illud opus nociturum sit nobis, futurumque damnum exinde pertimescamus, *d. l. 1. § 1., l. 11. § 3., l. 14. § 2. eod. tit.* Futurum igitur damnum respicit actio; de praeterito enim alia sunt parata a jure civili remedia, utputa interdictum quod vi aut clam. - Objectum autem hujus actionis in destructione operis ac restitutione consistere, manifestum est ex *l. 6. § 6., l. 11. § 3. eod. tit.* Id tamen graviter oppugnare videtur ea, quae de damno futuro superius disputavimus. Nonne, auctore Rosmini, satis per cautiones occurri demonstravimus de praestanda, quando damnum accidit, indemnitate? hanc romanis fuisse sententiam? eos idcirco cautionem damni infecti introduxisse? Denique non apparet, cur etiam in casibus istis operum ad aquam pluviam spectantium, ac metus damnorum exinde futurorum, cautio damni infecti sufficiens visa non fuerit. - Resp. Jus non regulare constitutum est, extrinsecis mere rationibus: videlicet ob multam hujusmodi operum frequentiam; atque ob favorem ac magnum agriculturae momentum, cui melius consuli visum est, si damno per restitutionem injusti

operis occurreretur, quam si expectaretur damnum, idque, data inde pecunia, repararetur. - Caeterum restitutio operis est in intentione; at in condemnatione, uti regula perpetua est *Gaj. IV. 48.*, venit pecunia, et id quod interest. Apparet distinctio in *d. l. 6. § 6., d. l. 11. § 3. de aqua et aq.*

Quamobrem cum actionis aquae pluviae arcendae objectum in restitutione operis, individuo facto consistat; tum si plures sint condomini fundi, cui opus sit nociturum, quisque in solidum intendere potest, quamquam condemnatio pro parte ejus, quod interest actoris, concipi tantum debeat, *d. l. 11. § 1. 4.* - Si vero plures condomini sint ejus fundi, ubi factum est opus, quod nociturum sit, contra quemvis intentio erit solidalis; quique fuerit conventus, si condemnatoriam sententiam vitare velit, integrum opus debet restituere, *d. l. 11. § 1.* At condemnatio in partem concipitur; sique ille non integro opus restituat, ad pecuniam pro rata dominii solvendam sententia damnabitur, *d. l. 11. § 3.* Nempe condemnatio non est, uti in aliis casibus regularibus, solidalis, quia, ut ait Paulus *ibid.*, actio haec non de praeterito est, sed de futuro damno. Non regulare fuit, quod ubi futura tantum damna respicerentur, actio illa ad individuam restitutionem, potiusquam cautio de dividua indemnitate, daretur. Idcirco non eousque perveniendum

esse placuit, ut etiam condemnatio solidaliter fieret (*o*).

Pariter ad exceptionem nostram pertinet difficile incisum in *l. 6. § 4. si serv. vind.* Ulpianus ex Papiniano loquitur de servitute oneris ferendi. Haec ab ordinariis juris praeceptis discedit, quatenus confessoria datur ex ea, ut paries, qui onera fert, a domino servientis fundi reficiatur. Separata ex hoc a servitutibus aliis universis, quae nonnisi in patiendo vel in non faciendo consistunt, dicta a Doctoribus anomala servitus est. – De casu plurium dominorum fundi dominantis, quemque in solidum agere posse, Papinianus ait « sicuti de ceteris servitutibus, excepto usufructu ». Scilicet refectionem parietis substinentis integram quisque petet; at, si reus non integrum reficiat, condemnatio erit tantum de eo quod interest actoris, nempe divisa. Subdit Papinianus « Sed non idem respondendum, « si communes aedes essent, quae onera vicini sub« stinerent », nimirum si casus sit alius plurium dominorum fundi servientis. Ita explicandus locus est. Dicit Papinianus non idem respondendum esse in hoc altero casu, ac in priore, ubi agi dixerat « sicuti

(*o*) De partita condemnatione intellige quod est apud Ulpianum *l. 6 § 1. de aqua et aq.* « singuli in partem experiantur . . . singuli in partem con« veniantur ».

« de ceteris servitutibus ». Significat manifeste, in casu secundo plurium dominorum servientis fundi non ita agi sicuti de ceteris servitutibus ageretur, non tam solidalem actionem esse, quantum est de servitutibus ceteris. De ceteris servitutibus vidimus non intentionem tantum, verum etiam condemnationem, prae gravitate et regularitate, uti ajunt, juris, concipi solidaliter in unumquemque, *l. 4. § 4. si serv. vind.* In hac, quae de servitute oneris ferendi datur, actione intentio quidem solidalis erit, quia ad tuendam individuam servitutem, et ad individuam refectionem dirigitur; at erit divisa adversus singulos condemnatio de pecunia. Maxima irregularitas, quam dicunt, atque anomalia servitutis hujus efficit, ut condemnatio, quae de sui natura dividua est, utique dividatur (*p*).

Concludamus de hac circa individuas obligationes quaestione, et, concludendo textus, quot

(*p*) Aliquid simile conjicit Marcellus in *l. 22. ff. depos.* « nec tamen absurde sentiet qui hoc putaverit, etc. » Nempe in casu heredum plurium depositarii, ut, si quid dolo fecissent, intentione quidem, ad rei restitutionem directa, solidaliter singuli compellerentur, at, re non restituta, unusquisque condemnandus esset pro qua parte heres extitit. Profert haec, timide licet, jurisconsultus, forsan considerata indole contractus ubi incommodum universum depositarii est; considerata simul persona heredum, quorum fidem deponens sequutus non fuit. - Non raro in culpae vel doli praestatione levior heredum, quorum non fuit electa fides, quam auctoris, conditio est, *l. 1.*, *l. ult. § 1. de fidejuss. et nominat.*, *l. 4*, *l. 6. de Magistr. conveniend.*, *l. 1. C. de heredibus tutor.*

necessarii videantur, adjiciamus. - Primo: quando non vere individua, aut non plene, obligatio est; quatenus dividua est, actio ex ea dividitur. Id autem contingit 1.° quando factum debeatur, creditoribus singulis repetendum, atque uni satisfactum sit, *l. 2. § ult. de V. O.* 2.° in obligationibus generis, atque in alternativis: quamquam enim quoad alios, qui non ad actiones pertinent, effectus individuae hae videantur, vere objectum de sui natura dividuum continent; actio ex ipsis omnino dividitur, *l. 85. § 4. de V. O.* 3.° in stipulationibus poenalibus, ubi conditio individua, objectum dividuum sit, *l. 4. § 1. de V. O.* 4.° in cautione damni infecti, quae, quoniam de damno futuro concipitur, non de refectione est, sed de indemnitate praestanda dividua, *l. 27. de damn. inf.* 5.° in casibus, quibus ex obligatione individua, at ad damni reparationem pecuniariam, actio unice exerceatur, *l. 72. pr. vers. Celsus, de V. O.* cf. *l. 114. eod. tit.* - Secundo: Si vere individua sit obligatio, et unus agat ex creditoribus pluribus, intentio solidalis certe est; at condemnatio, de sui natura dividua, scinditur, nec enim id, quod sua interest, actor potest excedere, *l. 25. § 9. fam. ercisc.* - Tertio: Si obligationis individuae debitor unus compellatur; intentio usque solidalis est, item condemnatio, licet de sui natura dividua, quia utique per eum stetit,

actori non esse satisfactum, *l. 25. § 10. fam. ercisc.* - Quarto: Exceptio est regulae tertiae, quod si jus, unde obligatio individua nascitur, irregulare sit atque anomalum, intentione solidali manente, adversus singulos debitores saltem condemnatio dividatur, *l. 11. § 3. de aqua et aq., l. 6. § 4. si serv. vind.*

§ 25. *Obligationes generis; obligationes alternativae.*

Adhuc ratione objecti dividuntur obligationes, quod aliae determinatum signate habeant in una specie, in uno facto, vel in pluribus conjunctis, objectum; aliae vero non ita determinatum. Pertinent ad secundas tum obligationes generis, ubi per genus tantum designatur objectum, sive rerum fungibilium (mille nummi, centum frumenti modii), sive non fungibilium (homo, equus); tum alternativae, seu disjunctivae, ubi duo vel plura ita debentur, ut unum tantum dandum sit (Stichus aut Pamphilus, fundus aut centum) - Plura sunt obligationibus generis atque alternativis communia.

Notandum est, quod tam generis, quam alternativae obligationes non sola unius speciei solutione, verum etiam acceptilatione tollantur, et lite de una specie in legitimo judicio, et formu-

la in jus concepta, contestata, *l. 27. § 6. de pactis l. 13. § 4 de acceptil.* Multam ingessit difficultatem *d. l. 27. § 7. de pact.* Paulus in *d. § 6.* de alternativa obligatione dixerat, quod, si decem aut Stichus deberentur, et de alterutro, puta de decem, pactum fuisset ne peteretur, exceptio pacti conventi in totum obstaret, tota obligatio summoveretur eodem modo, ac per solutionem, petitionem, acceptilationem alterutrius. In *§ 7.* secus respondere videtur de obligatione generis. Si creditor hominis cum debitore suo de non petendo Sticho paciscatur, pacti exceptionem obstaturam quidem petenti Stichum, alium tamen hominem utiliter posse peti. Auget difficultatem Julianus *l. 18. de optione leg.;* homine legato, si repudietur Stichus, per repudiationem talem nihil agi, eum ipsum Stichum eligi posse. Anceps ita res efficitur, ut, pactum de una specie ad omnem generis obligationem excludendam valere, suadeat proximum ex alternativa obligatione argumentum, *d. l. 27. § 6.;* valere tantum summovendae speciei, de qua conventum sit, concludat *d. § 7.;* omnino non valere, jus de repudiatione constitutum persuadeat, *l. 18. de opt. leg.* – Resp: Quod de non solvenda una specie ex duabus alternatim debitis, aut ex debito genere, conveniatur, duplici, ac diversa intentione fieri potest. Aut ut debitor ab integra obligatione libe-

retur: ex. gr. si creditor qui erat, inito de decem debitori suo donandis consilio, quin numeret, paciscatur de non petendis illis, quae ad obligationis objectum jam pertinebant; tunc enim simillimum est acceptilationi, de una specie compositae, pactum, ac certo totam obligationem summovet, quasi specie soluta. Aut non tali mente pactum initur, sed quia speciales essent rationes subtrahendae ab obligatione illius tantum speciei, ut puta quia minus utilis creditori ea esse coeperit, aut nimis necessaria debitori; et tunc non acceptilationi aut solutioni comparari potest, deque sola specie pactum operatur. Accipienda *§ 7.* de secunda hypothese; de prima autem *§ 6.* Certe quoad pactum circa obligationem alternativam, distinctio casuum in ipsa *§ 6. vers. sed si* manifeste exprimitur: non est, cur eamdem circa obligationem generis non repetamus (*a*). - Quoad *leg. 18. de opt. leg.* animadvertendum est, ex peculiari repudiationis natura fieri, ut quae de una specie ex legato genere concepta fuerit, non possit valere. Non enim, repudiato Sticho, quasi solutum illum di-

(*a*) Secunda hypothesis, seu interpretatio pacti, longe facilius occurrit in obligationibus generis, quam in alternativis; in has enim species certae, quamvis disjunctim, inducuntur adeo, ut de utilitate, quam sibi allatura quaelibet esset, opportune cogitare potuerit creditor tempore conveniendi, tum debitor, an aliqua esset, qua carere non posset. Hinc de secunda hac sola hypothese circa obligationes generis tractat Paulus *§ 7.*

cere possumus, ut primam e supra descriptis hypothesem teneamus: quoniam solutionis, qua liberalitatis acceptio significatur, vicem tenere non potest repudiatio, quae respuit. Nec repudiationem talem pro legati reductione possumus accipere; quod enim a nostra voluntate juris et obligationis natum est, idem voluntate nostra non absurde limitamus; at quod alienum paravit consilium, illud aut agnoscere integrum aut integrum recusare debemus, scindere autem non possumus; cujusmodi sunt relictae nobis hereditates, sive legata, Paul. *sent. III. 6. 12.* (*b*)

Praeterea et ad generis obligationes, et ad alternativas pertinet, quod electio, nisi aliter convenisset, ad debitorem pertineat, qui, specie valoris minimi data, liberetur (§ 20).

Quaesitum est. Debitor alternative obligatus solvit per errorem rem utramque simul (*c*); certe per indebiti condictionem repeti debet alterutrum: eccujus erit electio, ejusne, qui solvit, ut quod placeat repetat; an ejus, qui accepit, ut quod malit

(*b*) Ita rursus dictae *l. 18. de opt. leg.* componuntur *l. 11., l. 12. de adim. vel transf. leg.*, homine legato, Sticho postea ademto, ademtionem valere, non ut perimatur sed ut extenuetur legatum. Potest testator dispositionem, quae sua est, comminuere; ideo ademtio illa valet, atque ita valet, uti volita est.

(*c*) Si diversis temporibus solutum esset, solutio posterior, quae, perempta jam per priorem obligatione, obtigit, indebita fuisset quodque illa praestitum est repeteretur.

retineat? Ut ei, qui accepit, electio detur, ratio juris civilis compellit; ipsius enim in condictione indebiti partes sunt rei conventi ac debitoris; eligere autem debitores solent. Favet e contra electioni ejus, qui solvit, aequitas; ne eligendi jus, quo potiebatur, per errorem suum probabilem amittat. Justinianus *l. pen. C. de cond. indeb.* memorat, rem fuisse apud jurisconsultos disputatam; Celsum, Marcellum, Ulpianum, prioris, quae juri potius conveniebat, sententiae fautores fuisse; Juliano autem, et aequissimo Papiniano, mitiorem alteram placuisse. Hanc et Justinianus confirmat. Manent in Pandectis veteris vestigia litis. Dum enim Juliani sententia in *l. 32. pr. de cond. indeb.* aperte proponitur; aliorum opinio per transennam exprimitur in *l. 26. § 13. eod. tit.* Tractat in *h. l.* Ulpianus quaestionem eam de solutione ex obligatione alternativa, quomodonam expediri debeat, quam exposuimus (§ 24); invocat Marcelli et Celsi auctoritatem. Hac occasione, in fine, opinionem illam Celsi circa factam utriusque rei solutionem indicat. Desunt tamen ibi Marcelli invocatio, atque approbatio Ulpiani: erant fortasse in scriptura Ulpiani, at sunt a Triboniano sublatae (*d*).

(*d*) Quoniam recepta sententia aequitatis tantum ratione firmatur, facile cessat, si contrariam rationes aequitatis majoris suadeant. Exempla in *d. l. 32. pr.* et in *l. 21. eod. tit.*

Par in quaestione simili fuit disceptatio. Si is, qui genus debebat, aut alternatim, solum se Stichum debere per errorem putans, hunc solvat, potestne condicere illum, oblato alio? Affirmantem habemus Julianum *l. 32. § ult. de cond. ind.*; Celsi autem diversam fuisse opinionem, discimus ex *l. 19. de l. 2.* Aequiorem Juliani sententiam Justiniano placuisse, credendum est, arg. *d. l. pen. C. de cond. indeb.*: maxime quia Celsi quidem opinio, nonnisi alterius quaestionis occasione, indicatur, ea vero, quae Juliani est, apposito loco exhibetur.

Sed si alternativae obligationes, atque obligationes generis, interdum sunt similes inter se, est tamen, unde aliquando separantur, discrimen. Ecquid enim est in obligatione generis? Nempe genus. Species nulla in objecto est obligationis talis, homo enim promissus est, non Stichus, neque Pamphilus, neque Dama. Verum cum humana negotia, quando perducuntur ad exitus suos, in abstractis permanere non possint, denique species aliqua solvi debet. Species non in obligatione est, sed in solutione. - Contra in obligatione alternativa species illae ipsae sunt, quae enuntiantur; utraque in obligatione est, quia utraque promittitur; sub modo tamen, ut unius solutio totam obligationem perimat, *l. 44. § 3. de O. et A.* - Ex hac

generali differentia speciales aliae descendunt. Pone obligationem generis, hominis: pone duos creditores esse, non correos tamen, ita, ut pro portione cuique debeatur, aut duos creditoris unius heredes, duosve dominos servi stipulantis: pone tandem, plura objecta, plura genera inducta fuisse: Duos homines dabis? Decem homines dabis? - Certe in solutione sunt species duae, decem. Quaeritur quomodo harum divisio duos inter creditores fieri solvendo debeat. Cum enim dimidium cuique dandum sit; ambigua tamen dimidii vox est, ut ait Ulpianus *l. 29. de solut.* Quoniam duobus modis intelligi potest: aut medietates fieri per species ita, ut cuique creditori cujusque speciei pars danda sit, ex. gr. medietas Stichi et medietas Pamphili; aut, fieri pro numero divisionem, Stichum uni, alteri Pamphilum solvi. Julianus *l. 54. pr. de V. O.*, Papinianus *l. 117. eod. tit.*, numero divisionem faciendam esse constituunt. Cum enim in obligatione species nulla versaretur, sed duo homines essent, decem homines; ergo in medietate unus homo est, sunt homines quinque. Species veniunt eatenus tantum, quatenus exigit expediendae solutionis necessitas. Modo igitur inducantur ita in solutionem, ac distribuantur species, ut satisfiat promissis, non desiderandae sunt divisiones ulteriores. Dato uni Sticho, alteri Pamphilo, unum quisque habet ho-

minem: impleta obligatio est. - Secus dicendum, quando in obligationem, erga duos creditores initam, duae pluresve species deductae sint ita: Stichus et Pamphilus. Quoniam sunt ipsae in obligatione species, neque medietates, quae aequalitate partium concipiuntur, in integro Sticho, tum in integro Pamphilo, animo, corpore, prorsus inaequalibus, consistere possunt; debet solutio per partes fieri, uni medietas una et Stichi et Pamphili danda est, alteri alia. Idem certe dicendum est, si duae species, atque aliae praeterea duae, fuerint promissae pluribus ita: Aut duo Stichi, aut duo Pamphili. Electo alterutro, ex. gr. duobus Stichis, medietas cuique singularum specierum solvenda erit, utique enim utraque in promissione, in obligatione est, Ulp. *d. l. 29. de solut.* (*e*).

(*e*) Ulpianus ab Juliano et Papiniano differe videtur quoad obligationem generis, in ea etiam divisionem per corpora significans « aut communi duo« rum servo decem homines dare promisit ». Attamen ex Ulpiani integro fragmento colligitur, admitti a jurisconsulto divisionem per corpora in debito decem hominum, comparative ad debitum decem nummorum, decem metretarum olei, decem modiorum frumenti, in quibus « apparet hoc actum, « ut numero dividatur obligatio ». Scilicet quod in hoc altero debito omnino incredibile sit voluisse contrahentes per species fieri divisionem, communi enim specie nummi, oleum, frumentum, continentur; dum in debito decem hominum facilis esse probatio possit, contrahentibus per species solutionem faciendam placuisse; quae quidem voluntas certe servanda esset.

Ex eodem obligationum discrimine fluit, quod rei interitus non sit modus extinguendarum generis obligationum; quamquam enim eas perire species contingat, quas debitor jam solutioni explendae praeparavit, non eas tamen ipsum debuisse sed genus, remanet; genus autem numquam perit, *l. 11. C. si cert. pet.* - Alternativa autem obligatio extinguitur, si utraque species comprehensa casu perierit; nempe quia species ipsae erant in obligatione. Quod si una perimatur, alia in obligatione restat, quia, uti vidimus, utraque erat in debito. Haec Paulus in *l. 34. § pen. de contrahend. emtione* exprimit « prioris periculum ad vendi- « torem, posterioris ad emtorem respicit ». - Disputatur, an, perempta una specie, ideoque obligatione adhuc manente, electio debitori aliqua servetur, ut aut speciem superstitem dare possit aut aestimationem peremptae. Disputatum de hoc jam inter jurisconsultos fuisse videtur. Ulpianus servandam putavit electionem talem *l. 47. § 3. de l. 1.* « fortassis vel mortui pretium. » Tribonianus, Ulpiani locum referens, probandam sententiam esse hoc ipso declaravit. Haud nos praeterit, esse aliquos rerum nostrarum Scriptores, qui tentamentum illud Ulpiani fuisse, at non receptum, putant. Quid ita? nullus enim alius in collectione justinianea locus est, ubi exclusa sit Ulpiani opinio.

Quod autem extinctam rem eligi non posse, deberi superstitem, scriptum est alicubi; omnino non excludit, hanc alternatim deberi ita, ut possit tamen peremptae pretium potius exsolvi. Praesertim cum electionem casu amitti non debere, eique imo servandae regulas stricti juris debere praetermitti, doceant Juliani sententiae supra expositae, *l. 32. pr. § ult. de cond. indeb.* Neque novum in jure sit, suadente aequitate, in locum rerum succedere pretia. Denique non obscurus est Papiniani locus in *l. 95. § 1. de solut.* Ait Papinianus, promissione facta Stichi vel Pamphili, Sticho autem, facto debitoris, perempto, solum solvi posse superstitem Pamphilum, non autem pretium extincti, qui forte vilior Pamphilo fuisset; idque ita pro petitore in poenam promissoris, qui in causa mortis Stichi fuerit, esse statutum (*f*).

Quoniam de alterutro vel casu, vel facto debitoris, perempto diximus, pauca subjiciamus de extincto per factum creditoris. In re superstite obli-

(*f*) Quum alternationis facta haec conservatio sit favore debitoris atque ex aequitate mera; cavendum est, ne convertatur, in perniciem ejus. Quod enim alternative debeatur, dum utile debitori eatenus est, ut possit eligere; gravissimum tamen habet incommodum, ut, altero extincto, aliud in obligatione perseveret. Hanc secundam alternationis consequentiam non recipimus in casu, ita, ut si priori unius speciei extinctioni etiam alterius succedat extinctio, non conservetur in pretio ullo obligatio.

gatio restat, quia utique promissa ea, ac debita est. Sed potest certe debitor liberationem obtinere, illa re quae periit, ad solutionem electa. Poterit etiam, si maluerit, solvere superstitem, et ex lege Aquilia agere de extincta: quod interdum utilius esse potest, non modo si ista fuisset pretiosior, sed etiam si vilior, intuitu largiorum aestimationum, quae in lege Aquilia sunt institutae. Consulenda *l. 55. ad l. Aquil.*

§ 26. *Obligationes civiles, et naturales.*

Obligationum divisiones exegimus, quae a subjecto, quaeque ab objecto sumuntur. Una superest exponenda divisio, quae oritur a diversa, quam lex obligationibus impertitur, tuitione. Scilicet obligationes aliae civiles seu juris civilis dicuntur, aliae vero naturales seu juris gentium. Obligatio civilis est, quae fundatur jure civili, adeoque plene defensa est institutionibus civilibus, maxime actionibus. Naturalis autem existit obligatio, quoties jure gentium dare oportet, cujus fidem sequuti sumus, *l. 84. § 1. de R. I.* - Quando enim inter duos vel plures habita est conventio, digna eadem quidem certe observantia est; at, nisi expresse a jure civili probetur, impar actioni generandae manet. Actiones namque juris civilis insti-

tuta esse, vel prima ipsarum origo demonstrat, atque ille veterum legis actionum rigor, ut qui in conceptis verbis proferendis una vocula erraret causa caderet, *Gaj. IV. 11.* Cum vero odiosus ille legis actionum cessavisset rigor; actiones tamen adhuc ita consideratae sunt, quasi ad jus civile romanorum pertinerent. Hinc si quis peregrinus agere vellet eo nomine, quo actio constituta esset legibus romanis, dabat ei quidem formulam, qua litigaret, praetor peregrinus, sed inducta per fictionem civitate romana: Si paret, Aulo Agerio, si civis romanus esset, oportuisse dari, *Gaj. IV. 37.*

Non ideo tamen naturales obligationes omni efficacia carere, putandum est. Denegatis actionibus suis, non alios effectus recusare jus civile potuit, qui naturali juri magis accederent, arg. *l. 6. de just. et jure.* Quare soluto eo, quod natura debetur, condictio indebiti non competit; haec enim, quam aequitas generavit, non debet ad iniquitatem perverti. Item potest naturale creditum opponi per compensationem, quam ipsam naturalis aequitas primitus introduxit. Pignora, fidejussores, rei constitutae pecuniae, qui obligationem juris gentium confirment, admittuntur; his enim recusatis existentia negaretur principalis obligationis; id autem excederet justam legum civilium potestatem. Potest naturalis obligatio novari, atque in aliam

vel civilem transferri: est enim novatio satisfactio quaedam; atque ubi admissa est validitas solutionis, ibi etiam novationis valor debuit admitti. Est aliquando alius etiam obligationum naturalium effectus; vocatur autem jus retentionis. Obtinet quando is qui naturaliter tenetur erga aliquem, hunc ipsum ex alio justo titulo conveniat; cum autem actio promota habeat cum illa obligatione relationem, removeri possit exceptione donec obligationi eidem non satisfiat. Inferius exempla proferemus, quae implexiorem definitionem declarabunt.

Tria sunt obligationum naturalium gignendarum distincta capita. - Primum: incapacitas, uti ajunt, mere civilis in eo qui contraxit; qua fit, ut is naturaliter tantum obliget sibi alios, et ipse obligetur. Id in servis contingit, atque in filiisfamilias erga patresfamilias suos. Brevia de utrisque. - Servus, qui statum non habet, est civilibus obligationibus omnino inidoneus. At, cum homo sit, naturaliter tum obligatur, tum obligat sibi, *l. 14. de O. et A.* Obstare videtur Ulpianus affirmans in *l. 7. § pen. de pact.* non ad hoc valere posse pactum a servo compositum, ut eidem manumisso exceptio pacti detur; exceptiones autem pertinent ad effectus naturales obligationum, pacta ad obligationes juris gentium. Resp: In *d. l. 14. de O. et A.* regula traditur, cui subsunt limitationes.

Nempe non perpetuo servus per conventiones suas naturalia sibi jura comparat, scilicet non quando cum extraneis convenerit. Tunc enim per servum jura acquirit dominus, et iniquum esset, duos extraneo, cum servo contrahenti, objicere creditores, dominum civiliter, praeterea naturaliter servum. Et huc facile referri potest *d. l. 7. § pen. de pact.* Quod si cum domino suo conveniat servus; tunc non ipsi domino jus acquiritur, ne idem creditor sit, idem debitor; servo jus naturaliter comparatur. Denique si servus cum extraneis etiam conveniens, suscipiat obligationes, dominum suum non plene obligat; sine incommodo multiplicandorum perperam debitorum apud servum obligatio naturalis agnoscitur.

Filiifamilias, liberi uti sunt ac cives, non absoluta incapacitate afficiuntur, sed relativâ tantum ad patriam potestatem. Hinc erga alios, quibuscum contrahunt, civiliter obligantur; cum patre si conveniant, naturalis tantum ipsorum obligatio est. Obligare sibi alios extraneos ne naturaliter quidem possunt, quia jura acquirunt patri, neque duo adversus illos dandi sunt creditores: patrem tantum sibi naturaliter obligant, habita conventione cum ipso.

Secunda obligationum naturalium causa est incapacitas mere civilis actus gesti: veluti si causa civili hic omnino destituatur, nempe sit pactum

nudum. Eadem ratione si pactum non de obligando sit, at de liberando, non ipso jure operatur, sed per exceptionem pacti conventi vel doli mali, *Gaj. IV. 116.* (§ 48.)

Huc redigi potest obligatio illa naturalis; quae aliquando nascitur ex negotio, quod non ad praescriptam jure civili formam fuit compositum. Generaliter quod gestum ita sit, non valet, nec naturalem quidem efficaciam habet, quoniam formae legibus inductae ex justa causa esse creduntur. Neque magis valere solet, etsi in aliqua specie singulari causa illa abesse videatur, quae formam legislatori inducendam suasit; praeterit namque legislator ea, quae semel aut bis contingunt, *l. 6. de legib.*; ac necessarium hunc, ut in re humana, legis defectum esse ferendum, ratio quoque ipsa evincit. - Aliquando tamen, si formae inductae causa cesset, actus naturaliter saltem valet. Ecce si pupillus, infantia major, sine tutoris auctoritate contraxerit, non raro init obligationem naturalem. De hoc articulo quae agitatur, controversia nemini latet. Fragmenta sunt, quae obligationem pupilli talem manifeste exprimunt, *l. 42. pr. de jurejur. sive volunt., l. 21. ad l. Falc., l. 25. § 1. quando dies legat., l. 95. § 2. de solut.* Hinc id, quod a pupilli herede, aut fideicommissario universali, solutum idcirco fuerit, repeti per indebiti condictio-

nem non posse, specie tali proposita, statuit *l. 64. pr. ad S. C. Trebell.*; posse in obligationem hujusmodi aliam praecedentem transfundi, ut novatio fiat, traditum est in *l. 1. fi. de novat.*; fidejussores ad illam confirmandam induci posse, admittitur in *l. 127. de V. O., l. 25. de fidejuss.* At e converso in *l. 59. de O. et A.* Licinnius Rufinus pronuntiat « pupillus mutuam pecuniam accipiendo, « ne quidem jure naturali obligatur » ; ac Neratius in *l. 41. de cond. ind.* soluti repetitionem concedit, data ratione « quia nec natura debet. » - Illorum nos sententiae subscribimus, qui pupillos infantia majores alios quidem pubertati, alios infantiae proximos esse animadvertunt, atque ad illos fragmenta priora (*a*), postrema autem ad alteros referunt. Non quod aetas illa, quae expletam infantiam atque iucipientem interest pubertatem, in duas, aunorum aequali numero distributas partes quodammodo proscindi atque secari debeat, ut prima iufantiae proxima, proxima pubertati alia dicatur. Scilicet prudente judicis aestimatione res est subjective, ut ajunt, dijudicanda. Ejus est in speciebus singulis, ac prae varia pupillorum indole atque adjunctis,

(*a*) Notandum tamen, quod si pupillus adhuc in aetate pupillari constitutus solvat id quod naturaliter debeat, solutio non valet ex eo, quia pupillus sine auctoritate tutoris nummos suos alienare non potest.

definire, proximusne quis infantibus, an puberibus debeat retineri. Ejusdem est investigare, talisne fuerit rei gestae simplicitas, quam homo aetatis hujusmodi percipere posset, an captus is et laesus fuerit ob inexperientiam atque imperitiam suam, quo casu obligatio naturalis nulla agnoscetur.

Congruit rationi distinctio. Quando ob aetatem quae proxima pubertati esset, atque ob gestae rei simplicitatem, impubes quid egerit, quid dixerit, quid fidei dederit, probe intellexit; obligari eum ex jure gentium, inficias ire nequimus, praetermissa licet forma civilis fuerit, nempe tutoris auctoritas. Quisquis enim dedit fidem suam, is naturaliter obligetur omnino necesse est. Quin obstet quod superius enuntiabamus, gesta praeter formam civili jure constitutam, neque in singularibus illis risque casibus valere, quibus forte ratio formae inducendae desit, arg. *l. 6. de legib.* Quandoquidem homines, aetate sua progredientes, pubertati proximos fieri, jamque actuum suorum momentum percipere, non ex illis est, quae semel, quae bis contingunt, atque a legislatoribus praetereuntur. Integra classis ea hominum est, perpetuum humanae vitae stadium conficiens, quae non sine errore atque inexcusabili vacuitate praetermitti potuisset. — Accedit juris scripti ratio, qua in pubertati proximis obligatio saltem naturalis debeat agnosci.

Compertum est ex *pr. I. de auctor. tutor.*, erga pupillum, qui sine tutoris auctoritate contraxit, teneri contrahentem alium etiam civiliter: id ita efficiente regula, ne adversus pupillum pervertatur id, quod ipsius favori ac tuitioni fuit inductum. Certe autem accipiendum id est de pupillis, qui quod agant intelligunt, nempe de proximis pubertati; aliorum enim, ob defectum consensus, nullae prorsus conventiones sunt. Hoc posito, principium aliud vim suam incipiebat exerere, non nimis ad imparia contrahentes esse judicandos: adeoque pupillum, qui sibi alium civiliter obligatum haberet, huic vice sua saltem naturaliter teneri oportere. – Quid quod proximorum infantiae et proximorum pubertati expressam in jure nostro, atque ad validitatem gestorum relatam, distinctionem habemus? Fit distinctio in *l. 13. § 1. de dolo malo, l. 5. § 2. ad l. Aquil.*, *l. 23 de furtis, l. 3. § 1. de sepulcro viol., l. 111. pr. de R. I.*; proximi pubertati, non autem proximi infantiae, doli atque injuriae capaces esse dicuntur. Et, ne quid ad conventiones propius desideretur, ecce in *§ 9. 10. I. de inut. stip.*, sumptis e *Gaj. III. 107. 109.*, traditum est, de jure communi proximos pubertati pupillos contrahere, addita tutoris auctoritate; immo etiam solos, quando meliorem faciunt conditionem suam: eadem de proximis infantiae, sed tan-

tum utilitatis causa, benignaque interpretatione, esse recepta. Concinit autem *l. 1. § 13. de O. et A.* Agnitam a juris auctoribus atque expressam distinctionem quaestioni nostrae, suffragante ratione, aptandam esse, satis convenienter, nisi quid blandimur nobis, judicamus (*b*).

Succedit tertium gignendarum naturalium obligationum caput; quando juri alicui, quod et juxta jus gentium, et non procul a regulis juris civilis generalibus juste constitutum esset, et valere perseveraret, actio civilis ex receptis, quae detur, non invenitur, aut datae actioni efficacia, ex mera ordinis publici ratione, subtrahitur. Ita enim efficitur, ut jus illud denique intra fines obligationis naturalis remaneat. Exempla sunto. Primum est in jure, quod rei alienae possessor, in hac impendens necessario vel utiliter, habet adversus dominum. Nempe illi, maxime si bona fide impendisset, aedificasset, ad recipiendas expensas jus est; quod et

(*b*) Singularia recepta sunt, si quando ex re sine autoritate tutoris gesta, factus sit locupletior pupillus. Si enim is intellectum réi habuerit, videlicet proximus pubertati convenerit; obligationem tunc init, quae, data etiam ex adverso civili actione, valet, D. Pio rescribente, *l. 3. § 4. de neg. gest., l. 5. pr. de auct. et cons.* (§ 49. not. d). Praeterea si non intellexerit, atque infantiae proximus contraxerit, naturaliter in locupletationis eventu obligatur; non vi contractus, qui omnino invalidus est, sed ex ratione locupletationis ipsius, atque ex principio juris naturalis, neminem locupletari debere cum aliena jactura, *l. 13. fi., l. 14. de cond. indeb.*

juri gentium certe convenit, et juris civilis generalibus praeceptis inconsentaneum non est. Ne enim quis locupletior fiat aliena jactura, tradit naturale jus, ac solet interdum civili juri placere. Exemplo sunt condictiones illae universae ob causam datorum, sine causa, etc.; quaeque proxima casui nostro est, actio negotiorum gestorum. Verum casus ipsius ea indoles est, ut nulla ex propositis jure vel civili, vel praetorio actionibus, quae aptari possit, ab initio inveniatur. Non proximior illa negotiorum gestorum; quia non haec ei potest competere, qui animo impendit rei propriae, non alienae, gerendae; qualis est aedificans in alieno, at suo nomine. Verum cum aequissimae causae succurrendum esset, datum est aedificanti singulare quoddam remedium, nempe jus retentionis. Descripsimus superius, nunc explicemus. - Dominus, cujus res a possessore, eodemque impendente, tenetur, justissimam habet actionem, juri naturali item ac civili convenientem, rei vindicationem. Haec actio, quoniam e jure dominii derivat, ab obligatione reficiendi impensas, qua dominum gravari nuper probabamus, distincto penitus ac separato, integra et juribus ambobus fulcta manet, etiamsi erga talem obligationem inspiciatur. Restat naturali simul ac civili juri consona. Secus ac contingit in actionibus quibus ex pacto de non petendo, aut ex dolo, aut ex metu,

qui originem juris inficiat, exceptio opponitur: ubi actiones, quibus cohaeret aliquod juris naturalis obstaculum, restant nudi juris civilis; et, si exceptio hujusmodi perpetua sit, inanes, atque inefficaces dicuntur. - Attamen auctores juris consideraverunt, obligationem illam de reficiendis impensis, actione carentem, cum rei vindicatione non intimam quidem connexionem, at utique relationem quamdam habere; tum quia inter personas easdem, tum quia in eadem re, utraque versatur. Hinc ut obligationi implementum pararent, vim ei aliquam adversus vindicationem dederunt, hujus per illam limitari exercitium constituerunt, exceptione inducta, ac jure retentionis, donec impensum restitueretur. Unde patet, cur possessori, eidemque impendenti, qui hoc retentionis jure per errorem non usus, repetenti domino rem restituit, indebiti condictio denegetur, *l. 33. de cond. ind.* Solvit enim ei, qui validum civiliter, validum naturaliter jus exercebat: neque remedium lege inductum excedere debet limites suos, qui sunt ut retineri atque excipi, non ut repeti agique possit. Uti fit in jure nostro facilius servari praesentem statum, quam novum induci.

Exemplum aliud tertii hujus, quo tenemur, fontis naturalium obligationum, est in jure ejus, qui mutuam dedit filiofamilias pecuniam, tum in jure

ejus, cujus praescripta per tempus actio sit. Civilis ordinis ratio suasit, ut foeneratori illi efficax actio in poenam denegaretur, utque post certum tempus actiones personales utiliter non exercerentur. Hinc exceptio introducta adversus agentem foeneratorem, et adversus eum, qui actionem praescriptam promoveret. Exceptio talis non ex illis est solitis exceptionibus, quae jus gentium defendunt; neque enim est e simplicitate naturalis rationis, quod filiusfamilias id, quod accepit, non solvat, aut is, qui vere debet, per lapsum temporis liberetur. Defendit ea potius dispositionem civilem, qua actioni ejus foeneratoris et actioni cujusque creditoris post tempora praescriptionis, efficacia adimitur, seu, quod idem est, jus illorum ad limites naturales redigitur. - Atque ita intelligitur, cur, si filiusfamilias qui mutuum accepit, sive alius debitor post tempora praescriptionis, solverit, indebiti condicere non possit, quia solvit id quod vere debebat. Nec quod e debito limitavit jus civile, actionem efficacem denegans foeneratori, aut, post tempora, creditori, debet ad denegandam retentionem solutae pecuniae, rem longe graviorem, proferri (*c*). - De actioni-

(*c*) Ita expiicatur data in *l. 40. pr. de cond. ind.* condictio indebiti mulieri, quae solvisset ex intercessione sua, denegata vero filio familias, qui foeneratori restituisset. Nam S. C. Veiiejano imbecillitas quaedam foeminarum est agnita in intercessionibus ineundis, propter quam fides ab ipsis,

bus praescriptionem passis eam tenui, quae verisimilior mihi visa est, sententiam; nempe non idcirco

non satis intelligentibus, data videretur: atque ita exclusa est obligatio etiam naturalis. Filiifamilias, qui etiam aetate majores et consilio graves ex jure nostro esse possunt ac solent, fidem suam foeneratoribus, rebus plene perspectis, devinciunt, ac naturaliter obligantur. Solum poenae causa, et ratione ordinis publici, denegata est foeneratoribus efficax actio: quae tamen poena non mutanda est, neque protraenda eo, ut reddere etiam debeant id, quod esset solutum. - Iisdem principiis constitutum est, actionem hypothecariam quadraginta annorum spatio aliquando praescribi, dum actiones personales, nempe principales, minori triginta annorum tempore praescribuntur, *l. 7. pr. C. de praescript. 30. vel 40. annor.*; nempe quia, praescripta licet actione personali, naturalis tamen obligatio ex probabiliore sententia non tollitur: in hac, per decennium aliud, hypothecae jura idoneum habent, in quo superesse possint, fundamentum, *l. 14. § 1. de pign. et hyp.* - Ita etiam explicantur *l. 30. § 1. ad l. Aquil., l. 13. § 1. ad S. C. Vellejan., l. 27. de pign. et hyp., l. 59. pr. ad S. C. Treb.* (§ 49).

Ab obligationibus naturalibus, de quibus sumus loquuti, distinguenda sunt illa, quae ethices vocant, seu conscientiae, officia; quamquam horum etiam is aliquando effectus sit, ut solutum repeti nequeat. Nimirum sunt quaedam pietatis officia, quae quoad humanas externas relationes dici obligationes non possunt, libere implenda relinquuntur: imperfecta dicimus. - Varios officia hujusmodi effectus producere arbitror pro gravitate eorumdem diversa. Sunt gravissima quaedam; qualia sunt ascendentium, matris puta atque aviae de alendis descendentibus suis, etiam quando, ob existentiam praecedenter obligatorum, stricta civilis obligatio abest: item earumdem personarum officium ad dotandas filias seu neptes suas; ad redimendos descendentes, qui capti fuerunt ab hostibus: item officium libertorum ad praestandas patronis operas officiales non promissas. Alia sunt non adeo gravia, veluti tumulandi defunctum hominem extraneum, praestandi integra legata vel fideicommissa sine detractione quartae, alendi agnatos etiam ubi cesset obligatio civilis, patrimonium descendentibus augendi. Itaque offe-

naturalem obligationem extingui. Quamquam enim nonnullis placeat, plenam obligationi necem per

ctus sunt: Primo, ut si is, qui tali officio tenetur, pro illo, in quem tenetur, impenderit, atque inde agat adversus hunc, heredemve ejus, actione negotiorum gestorum, facilior convento excipienti probatio sit. impensum fnisse non animo quidem recnperandi, sed implendi officii, *l. 14. § 7. de religios.* (de eo qui funus fecerit), *l. 27. § 1. de neg. gest.* (de alente filiam sororis), *l. 11. vers. si quid, C. de neg. gest.* (de matre augente patrimonium filii). Immo in officiis gravioribus praosumatnr omnino non negotiorum gestionem factam fuisse, sed impletum officium, scilicet nisi contra expressum ant evidentissime actum fuerit ab impendente, *l. 34. de neg. gest.* (de matre, avia alimenta suppeditantibus), *l. 11. vers. alimenta, C. de neg. gest.* (de matre alimenta praestante) *l. 17. C. de postl. revers.* (de matre filium redimente). - Alius effectus est, ut si is, qui officio devincitur, solvat, inde vero indebiti condicere aggrediatur; ei, qui acceperit, quique onere probandi gravetur juxta regulas *l. 25. de probat.*, facilior demonstratio sit, non erravisse solventem, sed implere voluisse officium suum. Et in specie heredis, qui integra sine detractione quartae legata vel fideicommissa solverit, praesnmitur otiam adversus errorem; non solum ob gravitatem officii, sed etiam quia improbabile est, heredem non cognoscere vires hereditarias, ex quo errorem ad condicendum necessarium adstruere deberet, *l. 5. § 15. de donat. int. vir.*, *l. 68. § 1. ad S. C. Trebell.* Et sic explica Paulum *sent. IV. 3. 4.* negantem condici posse; quod absolute verum non esset, *l. 9. § 5. de jur. et facti ignor.*, *l. 68. § 1. ad S. C. Treb.*, *l. 9. C. ad l. Falc.* Quod si de officiis gravioribus agatur, ne sufficit quidem, quod de errore constet, ad hoc ut repetatur; nam praesumimus, quod, re licet perspecta, solutio ad implendum officium itidem facta fuisset, *l. 32. § 2. de cond. ind.* (de matre dotem solvente pro filia), *l. 26. § 12. de cond. ind.* (de liberto operas officiales praestante). Et hoc sensu alicubi do officiis hisce dicitur naturale debitum esse, *d. l. 26. § 12.*; quia ita negatur indebiti condictio, ac si solutum esset naturale debitum. Circa

temporis praescriptionem inferri; diverse tamen tum rationes supra expositae concludunt, tum fragmenta evincunt invocata in (not. c).

leg. 11. de cond. ind. assentirer Accursio et Cujacio, speciem facientibus de patre, qui nomine filii, non proprio, solvisset.

CAPUT IV.

DE OBLIGATIONUM EFFECTIBUS.

Sunt obligationum effectus necessarii; sunt, quos dicunt accidentales. Quod impleri obligatio, et ad executionem perduci debeat, necessarius effectus est. Executionem justam, ut ne invito creditori aliud pro alio solvatur, plenam, perfectam, esse debere; latius demonstrabimus tractantes de solutionibus (§ 42. 43).

Obveniunt effectus accidentales, quando obligationis justo implemento cessatum sit. - Hanc autem cessationem vel dolus, vel culpa, vel casus producit. Dolus in mala debitoris intentione consistit ad fallendam fidem directa, unde damnum obtingat creditori. Itaque generalis notio doli positiva est, in faciendo; quamvis etiam non faciendo dolus admitti aliquando possit, veluti si rem commodatam aut depositam possit, at nolit domino restituere commodatarius aut depositarius. - Casus est, quando obligationis haud impletae non debitor in causa fuerit, sed eventus exterior: vim majorem, vim divinam, fatum, fatalitatem romani etiam di-

cebant. - Culpa denique est quicquid dolum inter et casum est; cessatio implementi, cui causam dederit debitor, quin malum directe suscepisset consilium; denique omissio debitae diligentiae. Quare notio culpae in omittendo consistit; quamquam ea esse possit factis positivis admixta; uti in exemplo *§ 5. I. de l. Aquil.*, nempe si frondator prope viam publicam ramum dejecerit, neque proclamaverit, caveritque, ne transeuntem opprimeret.

§ 27. *De dolo praestando.*

Doli perpetua praestatio est. Adeo, ut ne valeat quidem de dolo futuro remittendo conventio, quippe qua ad dolum et fraudem allici quis atque invitari turpiter videtur. De futuro, inquam, dolo: quominus enim ex dolo praeterito debitis sibi reparationibus possit quisquam renuntiare, nulla ratio obsistit; siquidem ad id, quod admissum est, nulla jam invitatio concipitur, *l. 27. § 3. 4. de pactis.* Ingerit difficultatem quod Paulus *d. l. 27. § 3.*, atque Ulpianus ex Pomponio *l. 7. § 5. eod. tit.* habitam deponentem inter atque depositarium, ne depositi agatur, conventionem valere pronuntiant. Cum enim dolum tantum, et culpam, quae dolo proxima est, soleat praestare depositarius; ipsa illa de non agendo conventione remissio doli futuri contineri videtur.

Sunt qui ita explicant, ut dicant, pacti, ne depositi agatur, non plenam efficaciam esse, ut omnino agi nequeat: sed id tantum eo effici, ut, cum de jure communi depositarius, rem repetenti domino non reddens, casum ac vim majorem probare deberet; vi conventionis probandi onus transferatur in deponentem, cujus jam sit demonstrare, dolum depositarii intercessisse. Verum, ut alia mittam, obstant aperta Pauli verba in *d.* *§ 3.* « vi ipsa (*a*) id pactus « videatur, ne de dolo agat »; quibus non translatum probandi onus, sed exclusam penitus actionem esse significat. – Melius, rerum rationibus investigatis, tollitur difficultas. Etenim pactum, quo de dolo futuro remittendo expressum sit, idcirco prohibitum esse notavimus, quia praevidetur dolus illo, atque remittitur ita, ut turpis subesse incitatio, parata impunitate, videatur. At qui deponens, ne depositi agatur, paciscitur, dolum futurum non praevidet, imo plene apud se de depositarii fide constare demonstrat ita, ut actionem adversus eum, nonnisi calumniosam, esse posse judicet. Non remittendi ullum ei consilium est, quando actionis inutilitatem per pactum illud agnoscit, plenamque suam erga depositarium fiduciam ostendit. Sic, ut rem exemplo declarem, si creditor acceptum a de-

(*a*) Scriptum est in Basilicis « ἰσοδυναμεῖ »; aequipollentiam dicunt.

bitore pignus dissolvat, quod sit de probitate atque idoneitate personae securus, nullam proprie donationem facit, quandoquidem, omissa inutili cautione, sese pauperiorem facere non cogitabat. Quare pignoris remissio hujusmodi etiam inter virum atque uxorem expediri potest, *l. 11. C. ad S. C. Vellejan.* Utique fieri deinde potest, depositarium, cui adeo acquievit deponens, fallere fidem, atque conventione, ne praestet dolum, abuti. Verum non id in deponentis, quum pacisceretur, intentione fuit; ab intentione autem actus hominum notam accipiunt, et characterem suum. Denique casus est, quo expressa nocent, non expressa non nocent; expressa enim doli futuri conventio intentionem remittendi inhonestam manifestat; at in conventione, ne depositi agatur, nulla talis expressio continetur, nulla consilii turpitudo apparet, quamvis fortuito similes priori effectus possit generare. - Caeterum conventionis hujus validitas non sine disputatione placuit; Pomponius primus eam retinuisse videtur, quem sequuti sunt Ulpianus et Paulus.

§ 28. *De culpae praestatione.*

Culpae gradum triplicem agnoscebant veteres rerum nostrarum Scriptores. Latam dicebant eam, quae in diligentiae vel minimae praetermissione con-

sisteret; levem, quae in ejus diligentiae omissione, cujus apud frugi patresfamilias usus est; levissimam denique, ubi maxima diligentia non esset adhibita. Tres adstruebant regulas respondentes; praestari latam solam ab eo, qui nullam ex negotio caperet utilitatem; levem etiam ab illo, qui emolumentum ex contractu, cum alio contrahente partitum, acciperet; levissimam denique ipsam ab eo, cujus universum esset rei gestae beneficium. - At e recentioribus non pauci, duos tantum culpae gradus esse defendunt, latae atque levis; nullam culpam ejus esse posse, qui solertiam maximam omisit; ab eo, qui per leges nostras culpam levem praestat, culpam praestari vere universam. Regulas autem tres ita conficiunt, ut qui nihil utilitatis habeat ex contractu, latam praestet; qui sentiat utilitatem, cum alio contrahente distributam, praestet levem; levem itidem praestet is, ad quem unum contractus emolumentum pertineat. Quae quidem tres regulae per duas solas enuntiari possent, cumulatis ita posterioribus, ut culpa levis praestari dicatur ab eo, qui aut totam, aut partitam capiat contractus utilitatem. - Hi vero textibus utuntur; nempe his, quibus a culpa levi ad casum immediata transitio fit, nullo interjecto, ubi levissima culpa consistere possit, gradu, *l. 30. de pigner. act., l. 52. § 3. pro socio, l. 2. § 1. de peric. et commod.*

Utuntur praeterea ratione: si enim, ajunt, levis culpa est omissio illius curae, quam adhiberet « homo diligens ... et studiosus paterfamilias, » scilicet is, qui « ad eum modum, quem hominum « natura desiderat, diligens est » *l. 25. pr. de probat.*, *l. 32. depos.*; non rationi conveniens esset, neque naturae, curas aliquando exigi majores, scrupulos nimirum, avaramque sollicitudinem.

His, quamquam acute disputentur, non adducimur eo, ut veterum sententiam derelinquamus. Tres culpae gradus esse tenemus ita, ut minus teneatur is, cujus nulla ex contractu commoditas est, ex. gr. depositarius; magis obligetur qui utilitatis partem percipit, emtor, venditor, locator, conductor, socius; maxime vero ille, cujus est integrum beneficium, utputa commodatarius. Equidem gradum triplicem evidentissime distinguit Ulpianus in *l. 5. § 2. commod.*, neque obscure in *l. 23. de R. I.* Fateor, romanos, de re ipsa sollicitos, in nominibus designandis haud sibi semper constitisse. Primum quidem culpae gradum, qui in omissione est diligentiae etiam minimae, passim nominaverunt culpam latam, latiorem, graviorem, magnam, dolo proximam, tum etiam negligentiam latam, magnam, nimiam, dissolutam, nimiam securitatem. Secundo etiam gradui interdum culpae, seu negligentiae levis nomen dederunt, veluti in *l. 22. § 3. ad S. C.*

Treb., *l. 7. C. arbitr. tut.* At gradui tertio exprimendo, levissimae culpae vocabulo usi non videntur: quod enim Ulpianus *l. 44. pr. ad l. Aquil.* levissimae culpae mentionem facit, ad medium vere gradum pertinere, infra demonstrabimus. Potius gradum hunc superiorem ita significavisse videntur: Praestari debere diligentiam, custodiam; per excellentiam, uti ajunt, seu antonomasiam diligentiae et custodiae usurpatis vocibus, *l. 5. § 2. 6. 9. 15. commod.*, *l. 1. § 35. depos.*, *l. 23. de R. I.* Quamvis aliquando nomina eadem latiori naturalique acceptione adhibuerint, et cuilibet culpae commiserint (*a*). At si romani firmam nomenclationem non tenuerunt, ut in re forte apud eos notissima; liceat nobis, quibus non adeo haec familiaria sunt, nominibus uti constanter separatis; et cum gradui

(*a*) Et tunc respondentes apponebaut gradus, veluti in *l. 25. § 16. fam. ercisc.*, *l. 72. pr. pro socio*, *l. 2. § 1.*, *l. 3.*, *l. 11. de peric. et comm. rei vend.*, *l. 17. pr. de jur. dot.*, *l. 24. § 5. sol. matrim.*, *l. 33. pr. de administr. et peric.*, *Gaj. III. 206.* Adeoque tertio gradui admissae culpae, seu potius omissae diligentiae, addebant epitheton exactae, exactissimae, *l. 72 pr. pro socio*, *l. 1. § 4. de O. et A.*, *§ 2. I. quib. mod. re contr. oblig.*; dicebaut diligentiam, quam diligens, aut quam diligentissimus paterfamilias adhibet, *l. 18. pr. commod.*, *l. 25. §. 16. fam. ercisc.*; item diligentem custodiam, *l. 5. § 5. commod.* - Parum tamen rursus in vocibus gradus exprimentibus constautes fuerunt, adeo, ut aliquando medium gradum custodiae diligentissimae nomine expresserint, *§ 5. I. de locat.* - Denique gradus constanter tenuerunt, nomina non itidem.

secundo culpae levis nomen certe conveniat, tertio nomen tribuere culpae levissimae.

Neque movemur objectis. Non fragmentis, ubi a culpa levi fit ad casum immediata transitio. Non enim idcirco excludi intermediam culpam levissimam concludere debemus; modo cogitemus, consistere eam in omissione diligentiae insolitae, quaeque ordinarium modum excedat; jamvero usitatum esse loquentibus, ut de solitis tantum atque ordinariis rationem habeant. Hinc quando culpa simpliciter dicitur, culpa media seu levis facile significatur; et a media culpa ad casum non raro gradus immediate fit ab auctoribus juris (*b*). - Neque magis movemur adjectis rationibus. Nam si hominum natura mediam diligentiam ordinario desiderat; ali-

(*b*) Hinc in *l. 31. § 12. de aedil. edict.* Ulpianus culpam omnem praestari dicit ab eo, qui vere mediam tantum, praeter latam, praestat. - Hinc etiam illa ipsa nomina custodiae, seu diligentiae, quae alibi, uti vidimus, exprimendo tertio extraordinario gradui fuerant reservata, avocata aliquando sunt ab eodem, et addicta gradui secundo, ut per missionem custodiae, seu diligentiae, culpa levis significaretur, *l. 13. § 1. de pigner. act.* Imo in *l. 3. § 1. nautae, cauponae, stabul.*, ubi summus diligentiae gradus desideratur, culpae scilicet levissimae praestatio injungitur, culpae tamen nomen non datur: nec culpa nec damnum fatale esse dicitur: firmatur tertius gradus, et tamen extraordinario eidem gradui nomen culpae denegatur. - Redit semper, in tanta apud jurisconsultos varietate loquendi, tertium gradum ab his vere fuisse agnitum. Quominus ei nomen culpae levissimae damus, nihil obesse.

quando tamen requiri posse maximam, inconsentaneum non est. Maxime autem aequum est, id exigi ab illo, qui sentit ex contractu utilitatem universam, ut saltem sese praestet diligentissimum ei, qui, nullo suo beneficio, contractum ipsi talem paravit.

Regulae de culpa ita, si satis video, firmatae sunt, quales a veteribus pronuntiabantur. Verum limitationes recipiunt, atque exceptiones suas. - Non placent qui regulas in solis bonae fidei judiciis valere putant, non autem in judiciis stricti juris; aequiores enim hae sunt, quam ut in his deficere possint. Subscribimus aliis, qui inductas quidem in bonae fidei judiciis regulas primitus fuisse judicant, at inde ad judicia etiam stricti juris productas. Cujus sententiae non deesse videntur in Pandectis vestigia.

Neque illis accedere possumus, qui in aliquibus negotiis tantam diligentiam requiri a singulis hominibus arbitrantur, quantam quisque adhibeat in rebus suis; ita ut siquis socors in administranda re sua sit, atque remissior, non major ab ipso solertia possit desiderari. Culpam tali mensura definitam, quam idcirco culpam in concreto dicere solent, a marito in re dotali, a socio, a condomino, a tutore praestandam esse ajunt, adductis *leg. 17. pr. de jur. dot., l. 72. pro socio, l. 25. § 16. fam.*

ercisc., l. 1. pr. de tut. et rat. distrahend. Rationem allegant eam, quod vir, atque socius habeant in re dotali, aut communi bene administranda propriae utilitatis rationem; unde si minus recte gerant, satis demonstrant apud se non esse idoneitatem majorem. Sibi suaeque facilitati tribuere eum debere, qui tali utitur socio, eamve, quae tali sese conjunxit marito. - Verum primo loco falsum saepe est, eos, qui proprias res male habent, non posse, modo vellent, melius administrare. Praeterea, utut ea valeant in sociis atque maritis, non de condominis repeti possunt, in quos incidimus; quales coheredes sunt, sive collegatarii a testatore dati, non a nobis electi; ita, ut nihil sit quod nobis tribui de illis, aut nostrae facilitati, queat. Omnino autem in tutoribus non valent, qui non modo non eliguntur a pupillis, atque a testatore, aut a lege, aut a magistratu praescribuntur; sed ne habent quidem ullam in re pupillari administranda propriae utilitatis rationem. - Quare hanc regulis solitis limitationem rejicimus; neque admittimus, ut pro singulis casibus empirica, ut ita dicam, lex adhibeatur, prae varia singulorum hominum solertia variam acceptura mensuram. Textus autem, quos supra retulimus, bene Vinnius de mediae diligentiae praestatione absolute interpretatur, quippe media diligentia est, quae solet ab hominibus in rebus

suis adhiberi. Hinc alia fragmenta a socio, a viro, etc., culpam praestandam esse constituunt, modo illo omninò non adjecto. Imo *l. 7. C. arbit. tut.*, levem culpam esse a tutoribus praestandam, aperte definit (*c*).

Exceptio vere fit regulis, quando a mandatariis, nullam licet utilitatem capientibus, culpam omnem praestandam esse constituitur, *l. 21. C. mand.* Quod ob singularem fidem ab ipsis datam, merito placuit.

Alia exceptio est adversus eos statuta, qui rebus alienis curandis sese ultro obtulerint; eorum enim, qui, semetipsos objiciendo, sponsionem quamdam de se suaque idoneitate faciunt, graviores esse solent obligationes. Hinc de culpa levissima negotiorum gestores tenentur, *l. 23. de R. I.*; ac de tali obligatur is, qui sese obtulerit rei recipiendae, depositarius, *l. 1. § 35. depos.*

Loquuti sumus de culpa, quae obligationi, ex conventione natae, succedat. Est, quam nulla talis

(*c*) Quidni minimam? quandoquidem tutor nullum capit ex tutelae officiu emolumentum. Resp: Ratiu in ipsa publici muneris indole. Quoniam quae publica munera imponuntur, haud ea gratis substiuentur. Qui enim in societate vivimus, ex ea praesidia, auxilia, augmenta propemodum infinita capimus, ipsi forsan tutoribus usi sumus, aut liberos, quibus necessarii esse poterunt, habemus; non gratuito unera hujusmodi ferre possumus videri.

praecedit obligatio: eaque lege Aquilia corrigitur, unde culpa aquiliana dicta est ab Interpretibus. Vetustiores putabant, lege Aquilia culpam multari vel minimam: at jure meritoque a recentioribus de hoc reprehenduntur. Neque enim ratio est, cur gravius culpam, quam obligatio non praecesserit, persequamur; lenius autem aliam, qua conventionis executio turbetur. - Imo, si quid distinguendum esset, difficilius ex lege Aquilia admitti actio deberet, quae ex delicto est, magna ex parte poenalis, gravior idcirco, atque adhibenda temperantius. Quin mutet Ulpiani de culpa levissima mentio in *l. 44. pr. ad l. Aquil.*, ubi per emphasim media, ac levis exprimitur; uti in *§ 5. I. de locat.* a conductore talis custodia desideratur, qualem « diligentissimus paterfamilias suis rebus adhibet »; constat autem conductorem nonnisi mediam diligentiam praestare debere (not. a).

§ 29. *De casu non praestando.*

Quod executioni contractus casus visque major obstiterit, tribui nequit debitori, qui idcirco non obligatur. Videndum tamen est, an non dolus aut culpa casui occasionem dederit. Casus dolo determinati exempla afferunt Gajus atque Ulpianus *l. 18. pr. commod.*, et *l. 11. § 1. locati.* Argentum alicui ideo

commodavi, quod is amicos ad coenam invitaturum se diceret; at id peregre secum portavit, lege contractus spreta: tum hostium aut latronum incursu, piratarum insidiis, naufragio, periit argentum. In locatione conventum est, ne conductor ignem haberet: habuit; fortuitus casus admisit incendium. - Species etiam concipi possunt, ubi culpa determinaverit casum. Equum commodatum negligentius ducebas, laxatis habenis; subito fulguravit; expavescens equus contineri non potuit, quin sese proriperet; quo debilitatus est. - De speciebus hujusmodi tractatio in ea, quam mox habebimus (§ 30), circa mensuram indemnitatis quaestione propriam habet sedem. Interea definiamus, casum dolo determinatum, praestari oportere, *d. l. 18. pr. commod., d. l. 11. § 1. locati*; casum autem, cui occasionem culpa dederit, tunc esse praestandum, quando praevideri a desidioso debitore potuit; de quo plenius dicemus exponentes indicatam quaestionem.

Cum debitor de casu non teneatur, tum, si contractus sinallagmaticus fuerit, poterit etiam persequi de jure suo alium contrahentem; ita ut nihil ipse praestaturus sit, habiturus autem sit ab alio. Id tamen, quoniam principio de non judicandis ad imparia contrahentibus impingere videtur, et momentosas aliquando recipit limitationes, amplius exponendum est. - Damnum quod fato obtingit,

apud illum debet manere, quem mala sors perculit, neque hic in alium potest illud transferre. Haec illo significantur adagio: Casus non praestatur. Jamvero fortuna visque major pertingit eum, cujus maxime intererat salvam esse rem illam, quae perempta aut deterior facta est. Talis autem esse solet rei ipsius dominus: unde principium illud probe enuntiatum est, res perire dominis suis. Magna tamen principio huic exceptio est, quando dominus ex praecedenti contractu proprietatem in alium transferre teneretur. Magis enim creditoris interest rem salvam esse, qui perpetuum et constans dominium sit acquisiturus, quam debitoris, praesens quidem, at brevi discessurum, dominium retinentis. Creditoris ergo damnum esse debet, qui sorte inimica afficitur.

Quapropter si res vendita, necdum tradita, casu pereat, vel fiat deterior, non venditoris damnum erit, sed emtoris. Is rem nullam habebit, aut habebit deteriorem factam, pretium autem ex integro solvere debebit, neque id, quod jam forte praestiterit, poterit repetere; *tot. tit. de peric. et comm. rei vend.* Quin obstet, ita nos ad imparia emtorem, qui rem non habeat, ac venditorem, qui habeat pretium, esse judicaturos. Dispares enim fecit illos vis major: at inter eos, quorum diversa conditio est, paritatem inducere velle, vere esset iniquitas.

Non eadem in locatione et conductione tenenda semper conclusio est. Cum enim locator non rei dominium, atque substantiam, debeat conductori, sed usum; tum non quilibet, in re contingens, eventus damno esse debet conductoris unius. Distinguendi apprime sunt duo modi, quibus damnum circa rem locatam fortuito accidere potest. Aliquando enim talis contingit casus, quo rei locatae substantia destruitur, ex. gr. locata domo, ea motu terrae decidit: aliquando vero, salva substantia, usus tantum intercipitur, ex. gr. locato fundo, flumen subito circumfluit ita, ut colonus accessu prohibeatur. Si prior casus eveniat, tunc fortuna utrumque percellit; tam locatorem, rei substantia, quae apud ipsum permansura erat, perempta; quam conductorem, qui speratam ex re utilitatem capere amplius non poterit. Igitur uterque effectus fortunae patietur; locator pensionem seu mercedem non habebit, aut hujus remissionem pro damni portione ferre debebit; conductor carebit usu desiderato. E converso, casu altero obtingente, afficitur conductor unus, qui usu prohibetur, non autem locator, cui salva rei substantia atque incolumis manet. Ergo unus conductor effectus pati debebit; carebit usu rei, pensionem solvet. - Quibus ita e ratione juris praepositis, plura fragmenta componuntur. Pauca

memorabo. In *l. 15. § 6. locati* tractat Ulpianus casum, quo navis ipsa locata perierat. Casus ferendus conductori est, cui carendum erit usu expectato; ferendus locatori, qui vecturam non petet, et, siquae praerogata sit, restituet. Apud Labeonem et Paulum in *l. ult. pr. de l. Rhodia de jactu* non perempta navis erat, at perierant servi, quorum vehendorum causa locatio conductio inita fuerat; navis tantum usus, qui desiderabatur, fuerat interceptus, salva navis ipsius substantia; hinc vecturam deberi admissum est; nisi probaretur, id expresse actum fuisse, ut pro his tantum servis, qui deportati reapse forent, merces daretur. - Item *l. 13. C. de advoc. divers. judicior.* componitur *leg. 4. de offic. adsessor.* Patronus fisci est, qui fisco defensionem praestat, accipiens non mercedem quidem, quae de opera liberali non dicitur, sed honorarium; negotium denique cum fisco facit, locationi conductioni simile, unde si non actionem, utique persecutionem extraordinariam habet. Mortuo patrono, intuitu temporis, quod suscepto muneri superesset, nihil a fisco petere poterunt successores ipsius. Casus, qui substantiam, hominem, cujus operae praestandae erant, destruxit, affecit quidem fiscum, qui desiderata defensione uti non poterit, praeterea patronum ejusque heredes, qui

jus ad honoraria amittent. Ita in *d. l. 13. C.* (*a*) In *d. l. 4.* casus exhibetur, quo Legato Caesaris adjuncti fuerant Comites, adsessores nimirum et consiliarii. Horum opera, certo praefinito tempore, salario rependebatur. Moritur Legatus. Non substantiam hominum, quorum operae expectabantur, mors sustulit; impossibilem tantum harum praestationem, perempto Legato, effecit. Casus non Comites manet; hi ad salarium residui temporis petendum admittuntur. Concinit *l. 19. § 9. 10. locati.*

Denique praetereundum non est, ea, quae de culpa, aut vi majore praestanda necne, sunt legibus constituta, posse pactis et conventionibus mutari. Secus ac obtinet in regula de dolo futuro praestando, quae per conventiones nequit submoveri (§ 27). Neque enim in pactis circa culpam aut casum ulla turpitudo esse, aut ad fraudes invitatio potest.

§ 30. *De eo quod interest.*

Huc usque vidimus (§ 27. 28. 29), quandonam teneatur is, qui obligationem suam non adimplevit: videamus jam quousque, qua mensura, idem ad in-

(*a*) Plinius etiam lib. IV epistolarum scribit, mortuo scriba quaestoria missi in provinciam, heredibus scribae nihil deberi, fuisse pronuntiatum.

demnitatem praestandam adstringatur. - Constat generaliter, eum, qui obligationi propriae non satisfecit, ad ejus damni reparationem teneri, quod ipse ita produxit. Damnum hoc ita romani exprimebant: *Id quod interest, quanti interest, utilitas*, atque etiam *quanti ea res erit, l. 22. pr. ad l. Aquil., l. 9. § 8. ad exhib., l. 1. § 5. ne vis fiat ei*, etc.

Interpretes *damnum emergens* a *lucro cessante* distinxerunt. Damnum emergens dixerunt, quando creditoris patrimonium, quale antea fuerat, minueretur; lucrum cessans, quando beneficio, quod ex contractu accipere poterat, creditor deficeretur. Etiam romani *id quod amissum est, amissiones, id quod abest, damnum*, a *lucro* distinguebant, *l. 27. ex quib. caus. major., l. 2. § 8. de eo quod certo loco, l. 13. pr. ratam rem hab.* Etsi aliquando damni generalius accepto nomine commodorum etiam amissiones comprehenderent, *l. 2. § 11. ne quid in loc. publ.* Nec raro lucri nomen in deteriorem partem acciperent, sive ut illud significarent, quod stricto jure civili, at non juxta naturalem aequitatem sumeretur, *Gaj. II. 56.*, sive illud, quod omnino debitum non esset, *l. 26. de damn. inf.*

Passim autem Interpretes damnum et ita distinguunt, ut aliud directum atque immediatum, indirectum aliud et mediatum, dicant. Directum, uti vox ipsa significat, et bene ab aliquibus definitur,

illud est, quod ex non adimpleto contractu simpliciter, ac sine accidentalium adjunctorum concursu, descendit: quod autem concurrentibus hujusmodi adjunctis conficitur, indirectum est. Quamobrem directum atque immediatum damnum est illud unum, quod res debita non detur, aut non ita detur, uti erat danda. Hoc enim ex simplici relatione rei cum creditoris patrimonio erumpit; cetera omnia, adjunctis aliis circumstantiis, plus minusve indirecta resultant.

Quibus positis placere non potest, quod aliqui concludunt, damna directa tantum praestari oportere, non autem indirecta; nec quod alii putant, damna proprie dicta, nempe emergentia, etiam indirecta, lucra cessantia solum directa esse praestanda; nec quod alii arbitrantur, directa tantum praestari ab eo, qui culpa cessavit adimplemento contractus, indirecta etiam praestari ab eo, qui cessavit dolo malo. Sexcenta enim sunt in jure nostro exempla indirectorum, uti sunt a nobis definita, damnorum, et lucrorum similium, quae praestentur, atque etiam ab eo, qui culpa et negligentia peccavit. Aliqua in sequenti tractatione exponemus.

Sunt e recentibus, qui putant, damnorum refectionem deberi tunc, quando duo simul concurrant extrema; primo, quod necessario ex non adimpleto contractu damnum consequatur; praeterea quod de-

bitor, cum contraheret, praeviderit damnum aut potuerit praevidere. Haec si existant extrema, deberi ajunt tum directorum damnorum tum indirectorum praestationem: nec distinguenda esse damna, quae dolus, a damnis, quae culpa genuit; si enim damnum sit ac sit imputandum debitori, de causae moralis diversitate non esse anquirendum. - Pace dicam doctorum, quibus haec sententia arridet, virorum, ei nos acquiescere non possumus. Quod enim primo loco requirunt, damnum necessario ex non observato contractu nasci debuisse, quomodo refectioni damnorum etiam indirectorum, postea ab ipsis admissae, componi possit non perspicimus. Si enim indirectum est, quod concursu circumstantiarum accidentalium conficitur, necessarium istud quidem dici sine aperta contradictione non potest. - Neque magis apparet plena veritas requisiti alterius, de praesensione, aut praesensionis possibilitate, eo tempore, quo contractum fuit. Mitto, quod, necessitate damni primo loco requisita, nihil superest inter praevisa, et non praevisa damna, distinguendum; et, cum id, quod necessario contingere debet, praesensionem fugere nequeat, requisitum secundum absorbetur priore. Eccur damna praevideri, ipso contrahendi tempore, potuisse, necessarium ducunt? Quin indemnitas praestetur ab eo, qui quando contraxit, non potuit praevidere damna, potuit autem, quando ces-

sare coepit debita observantia ? Denique displicet doli illa et culpae facta aequiparatio. Ultro enim fatemur, in damnis quae culpa debitoris obveniunt, praesensionis possibilitatem esse ad hoc, ut emendari debeant, necessariam. Est namque culpae praestandae ratio in eo , quod praestita non sit justa solertia, rerumque debita praesensio; quare eorum eventuum, qui praevideri non potuerunt, nulla potest esse imputatio. At ei, qui fraude et malo consilio turbavit contractum , pessime concederemus , ut obtentu non praevisorum in specie damnorum , haec non reficeret, quibus ipse unus causam dedit infidelitate sua. Non haec Gajo fuit, non Ulpiano sententia, quando illi, qui dolo malo legem contractus violaverat, naufragia , insidias piratarum , latronum incursus imputaverunt, quae quidem identidem praevideri nequibant, *l. 18. pr. commod., l. 11. § 1. locati*. Quod si causa moralis, qua fit ut damnum illatum emendari debeat, diversa in fraudolento est , ac in negligente ; effectus etiam diversos, ac variam imputandi mensuram esse debere, consentaneum est.

Itaque distinctis damnis, quae culpa, a damnis, quae dolo fiunt, tum separata causa damnorum proprie dictorum, nempe emergentium, a causa lucrorum cessantium ; sequentia principia constituenda esse censemus. - Primo : Damnum proprie dictum , ex

culpa debitoris ac negligentia emergens, praestandum est, si modo a debitore ipso, admissae culpae tempore, potuerit praevideri. Cum autem praesensionis probabilitas, prouti majores accidentales circumstantiae damno generando accedant, magis magisque minuatur; tum dicere non male possumus, praestari a negligente damna directa, et non nimis indirecta. Quamquam technicae voces parum proficiunt in quaestione facti: prudentis enim judicis est pro re nata animadvertere, utrum tot talesque circumstantiae adfuerint, quas praevidere desidiosus potuerit, necne. Paulus in *l. 21. § 3. de action. emti* tractat de damnis, culpa debitoris illatis. Loquitur enim jurisconsultus de mora debitoris, quam per verba illa exprimit « cum per « venditorem steterit, quominus rem tradat »; mora autem, quae in actu de sui natura negativo, in omissione, consistit, culpae tribuenda esse praesumitur. Itaque Paulus ait « omnis utilitas emtoris « in aestimationem venit: quae modo circa rem « ipsam consistit ». Nempe significat, reficienda esse damna, quae ex re non praestita nascuntur simplicius, aut nullis, aut proximis ac praevidendis adjectis casualibus circumstantiis. Quam quidem interpretationem confirmant exempla a Paulo subjecta. Ait enim, quod si triticum quis emerit, et, ob eam rem, quod non sit traditum, familia ejus fame la-

boraverit, id debitori tribuendum non sit. Quod enim familia non solum emtori esset, sed quae pane indigeret, et quidem illo, qui ex vendito tritico conficeretur, omni alio auxilio destituta; ad remotas nimium ac raras circumstantias pertinet, quam ut posset a venditore, moram ineunte, praevideri. - Contra in *l. 22. pr. § 1. ad l. Aquil.*, *§ 10. I. de l. Aquil.* sine doli culpaeve distinctione de occiso servo tractatur, et praestandum dicitur damnum pecuniae, quam dominus ei, cui servum ipsum sub poena debebat, solvere debuit; vel quod e valore corporum reliquorum diminutum est, si occisus esset unus ex comoedis, symphoniacis, gemellis, uti et si ex quadriga, aut pari mularum animal esset peremptum. Haec enim solita ac praevidenda fuerant (*a*).

(*a*) At Marcianus *l. 45. de contrahend. emt.* in specie rei venditae, qualitates, deteriores volitis, habentis (vestimenta interpola pro novis, vasum auricalci pro aureo), ait, a venditore ignorante solam aestimationem deberi, nullam praeterea damni refectionem: e contra a sciente atque doloso venditore damna esse omnia praestanda. An igitur negligentes nullum damnum, praeter directum, praestant? Eadem difficultas oritur ex *l. 13. pr. § 1. 2. de act. emti;* venditorem pecoris morbosi, tigni vitiosi, servi fugitivi, aut furtifici, scientem quidem vitia, et cognoscentem, teneri de damnis: utputa si mala vicinum pecus contagia laeserunt, aut aedes tigni vitio corruerunt, aut servi alii sollicitati sunt a servo emto, ut secum fugerent, resve ablatae sunt ab eo: at venditorem, qui vitia ignorasset, de damnis non teneri. Denique *l. 19. § 1. locati*, convenienter dictae *l. 45. de contr. emt.*, haec habet « si saltum pascuum locasti, in quo herba

Secundo: Lucrum, quod cessaverit ex culpa debitoris, reficiet hic, si praevidere illud potuerit (uti ex rationibus nuper expositis facile concluditur); ac praeterea si certa spes apud creditorem talis lucri fuisset. Simplex lucri probabilitas, ordinarii licet et soliti, non sufficit, ut ejus, qui tantum culpa peccavit, conditio, reficiendi lucri onere, praegravetur. - Tenetur legis Aquiliae actione is, qui, etiam per

« mala nascebatur: . . . si pecora vel demortua sunt, vel etiam deteriora « facta, quod interest praestabitur, si scisti; si ignorasti, pensionem non petes ». - Resp: Accipiendae sunt hae leges de casibus quibus in ignorante culpa defuisset; de justa, probabili ignorantiae allegatione. Etsi enim in venditore aut in locatore ignorantia rei suae, justa saltem atque probabilis, haud praesumatur; potest tamen fieri, ut ea aliquando probetur. Veluti si rem perbrevi tempore possedisset ita, ut eum vitia latuerint; interpolationes enim vestimentorum, metalli falsitates, pecoris morbus, tigni vitium, servi malitia, et pestilentia pascui, talia sunt, quae nonnisi per idoneum tempus apparere solent. Igitur in *dd. ll.*, cum abesset culpa, venditori aut locatori damna illa non sunt imputata. Jussus tantum est is, ut de pretio, aut de mercede, remitteret, ac praestaret emtori, vel conductori, quod interesset rem bonam non esse; non ex capite culpae, sed ne in bonae fidei negotio lucrum ex errore emtoris, vel conductoris, iniquum caperet. - Revera *d. l. 19. § 1. locati* diverse disponit de doliis vitiosis ab ignaro locatis, nam si « deinde vinum effluxerit, tenebitur in id « quod interest: nec ignorantia ejus erit excusata ». Ignorantiae allegatio non admittitur; injusta ea, improbabilis judicatur, quia vitium dolii erat patulum nimis, aut levissimo experimento cognoscendum, ita, ut sine dolo vel culpa silentium locatoris esse non potuerit. Culpa saltem admissa, damni ex effuso vino contingentis, omnino praevidendi, constituta refectio est.

culpam occisi servi causa fuit, ut dominum ex amissa hereditate, quae servo relicta fuerat, reficiat, *l. 23. pr. § 2. ad l. Aquil., § 10. I. de l. Aquil.;* uti etiam de simili amisso lucro tenetur qui, servum non exhibendo, moram contraxit, *l. 11. pr. ad exhib.* Lucrum enim, quamvis indirectum, praevideri tamen, utpote ordinarium potuit; certum autem fuisse, ipsa hereditatis delatio manifestat. - Hinc etiam ex *l. 35. pr. de l. 3.* heres, cui testator jusserat, ut tribum emeret liberto, atque emendi moram fecit, tenetur de commodis et Principalibus liberalitatibus, quas fuisset consequutus libertus, si ei tribus secundum voluntatem patroni sui comparata esset. Lucri amissio fuit, quam omnino heres potuit praevidere. Quod quidem in aperto est; modo memoremus, quid rei sit illud, quod in *d. l.* dicitur « tribum emi »; in aliis autem Pandectarum locis exprimitur ita « emere, legare tesseram frumentariam », et similiter in *fragm. vatic. § 272.* « decuria... comparata ». Republica cadente, pessime factum est, ut quae antea plebi, minuto frumenti pretio, fiebant largitiones, per distributiones inciperent fieri. Imperatores etiam largitiones tales facere consueverunt, at limitatas eas quidem, certisque legibus moderatas, ut abusus nimii compescerentur. Instituti sunt jam ab Octaviano curatores, seu praefecti frumenti dandi, ut viderent, quibusnam esset

jus ad largitiones habendas. Horum inde nomina per catalogos disposita, atque aeneis tabulis publice inscripta fuisse, Seneca refert *lib. 1. de benefic.* Certe autem catalogi per ordinem tribuum trigintaquinque conscripti fuerunt, uti Pop. rom. distributus tunc temporis, atque inscriptus erat. Cuique jus habenti tessera sive aenea data est, sive lignea, quam largitionum faciendarum adveniente die offerret publicis mensoribus, suamque acciperet quantitatem. Ei, qui tessera sua uti directe nolebat, vendendae ejus, ac cedendae erat facultas. Idque voces illae in Pandectis, et vaticanis fragmentis, significant. Cum igitur omnia haec ideo instituta sint, ut largitiones Principales perciperentur (*b*); heres, qui moram in tribu emenda fecerat, lucri hujus amissionem debuit certo certius praevidere. Neque solum praevidendum lucrum, sed certum etiam fuit; uti concessio, quam Princeps reapse fecit, declaravit. - E converso in *l. 29. § 3. ad l. Aquil.* legimus « Plane « si culpa nautarum id factum esset (ut retia, in quae « inciderint, rupissent), Lege Aquilia agendum. Sed « ubi damni injuria agitur, ob retia, non piscium, « qui ideo capti non sunt, fieri aestimationem; cum

(*b*) Adde inscriptionem romanam, satis notam « Trajano A. Germani- « co, Dacico etc. Tribus XXXV quod liberalitate optimi Principis com- « moda earum etiam locorum adjectione amplificavit ».

« incertum fuerit, an -caperentur. Idemque et in « venatoribus, et in aucupibus probandum ». Nempe quia incertum exitum piscatio, venatio, aucupium habet, atque interdum, capientibus licet vicinis, nihil capitur (*c*).

Tertio: Huc usque de damnis, ex culpa debitoris natis. Si dolo ejus damnum proprie dictum emerserit, praestandum est; non tantum si praevidendum fuit, de quo exempla sunt in *l. 3. de cond. furt.*, verum etiam si praevideri non potuit. Rationes supra exposuimus, et textus in *l. 18. pr. commod., l. 11. § 1. locati.*

Quarto tandem: Fraudolentus praestabit lucra cessantia, etiam quae praevideri nequibant (ob easdem rationes), atque etiam incerta, modo probabilia. - Possunt certe lucra futura talia esse, quae

(*c*) Ita componas quae de lucro ex negotiatione futura, ob non solutam opportune rem pecuniamve debitam amisso, in contrarium constituuntur a fragmentis nostris. Debitorem a praestatione hujus lucri, quod quaerere potuit creditor, relevant *l. ult. de peric. et comm. rei vend.*, *l. 21. § 3. de act. emti*. At *l. 2. § ult. de eo quod certo loco* contradicit « Quid « si merces solebat comparare? et an et lucri ratio babeatur, non solius « damni? Puto et lucri rationem habendam ». In prioribus textibus supponitur casns, quo ex circnmstantiis facti « potuit » quidem lucrum quaeri, sed nen tuto erat id obventurum, forte quia solvendi locus non erat ad promercia dispositus *(non era una piazza di commercio)*. In postremo erat Epbesi solvenda pecunia, loco ad emendas merces aptissimo, atque ubi lucri ita faciendi erat, ut in re humana, certitudo.

praevideri a debitore, fidem fallente, non possent, et tamen habeant probabilitatem. Nempe si in civitate quidem essent insolita; probabilia autem ex circumstantiis specialibus, quamquam ipsi debitori ignotis. – Incerta autem, modo probabilia, lucra ab illo praestari oportere, argumentum praebet *l. 29. § 3. ad l. Aquil.*; ubi, retibus ruptis, piscium non captorum ratio non habetur, facta expresse specie de culpa; quasi de dolo aliter dici debeat. Faciunt etiam *l. 33. vers. nam et si, locati, l. 1. § 41. de vi et vi arm.*; ubi a doloso lucrum omne praestandum esse, firmatur. Denique observandum est, ei, cui per debitoris dolum non solvatur, in litem jurare licere. At hunc, si lucra non improbabilia sperabat, etiam de istis juraturum, nemo non videt: neque leges, si horum praestationem non admitterent, in tantum discrimen rem adduxissent; ne monito quidem ullibi jurante creditore de abstinendo ab hujusmodi lucrorum consideratione. – Improbabilia lucra certe numquam habebuntur in calculo.

§ 31. *De obligatione non adimpleta, ratione loci vel temporis.*

Tractavimus de effectibus contractus non adimpleti generalibus. Speciales sunt a jure civili con-

stituti, quando non ibi, ubi dandum fuerat, detur; aut non eo, quo dari oportebat, tempore.

Si locus sit in contractu perficiendae solutioni determinatus, is certe justus est, ubi solutio fiat, *l. 9. de eo quod cert. loc.*, et passim. Designatione in contractu non facta, solvi debet in loco opportuno, *l. 39. de solut.*, qualis esse solet locus domicilii debitoris, arg. *l. 2. de reb. auct. jud. possid.*, aut ubi res in specie debita sita est, *l. 38. de judic.* - Si locus solvendo sit in conventione statutus, at ibi debitor non adsit, neque solvat, facile res in bonae fidei actionibus expeditur. Cum enim in hujusmodi judiciis possit officio suo judex conventorum limites ex bono et aequo superare; tum actio alibi, quam in loco convento, bene institui poterit, judice rationem habituro de eo, quod sive actoris sive rei conventi interest, loco statuto solutum non fuisse. At non idem admitti poterat in stricti juris judiciis, ubi judici conventionis fines sunt rigorose observandi; non alio, quam qui statutus esset, loco actio exerceri, non id, quod actoris reive interesset, a judice aestimari poterat. Opportune pro negotiis stricti juris nova, libera, arbitraria actio introducta est, *de eo quod certo loco*, Gaj. *l. 1. de eo quod cert. loc.* Hanc alibi, quam in convento loco, promovet creditor; in hac judex de eo, quod actoris aut rei intersit, habet rationem. - Debebat autem in

talis actionis formula locus, qui conventus fuisset, exprimi ita: Si paret Num. Negidium Aulo Agerio X milia Ephesi dare oportere; ne actor plus loco peteret, *Gaj. IV. 53.* Non difficilis responsio est quaestioni, an creditor actionem de eo quod certo loco, ubicumque placeat, promovere possit. Arridet sententia eorum, qui agenti locum illum assignant, qui justus fuisset, si alius non esset in conventione statutus, utputa locum domicilii. Non enim actio haec ideo fuit invecta, ut regulae de judicum ac judiciorum competentia subverterentur, sed solum ut rigor conventionis, de certo loco factae, posset praeteriri: hoc obtento, regulae de jurisdictione solitae servari debent.

Ratione temporis conventiones non adimplentur, quando dies venit, neque solvitur, scilicet initur mora. *Mora* a nostris illa tantum dicitur cessatio, quae potest imputari auctori suo, non alia, quam casus forte visque major intulit.

Verum non solum debitor, sed etiam creditor moram potest inire: nempe si per eum stet quominus solvi queat; veluti si recuset recipere id, quod debetur, justo loco et tempore oblatum, vel absit loco convento, vel actibus ad executionem necessariis adesse nolit, ex. gr. admetiendis adpendendisve debitis quantitatibus. Si quid tale contingat, periculum rei debitae, quod forte antea esset debitoris

in creditorem ipsum transfertur. Quamquam enim periculum rei in specie debitae creditoris, ex. gr. emtoris, esse soleat, etiam mora nulla contracta (§ 29); tamen secus est, si aliter in contractu conventum fuisset, et certe si generis debitum fuerit (§ 25). In his casibus per creditoris moram in ipsum fit periculi translatio. Imo etiam quando, specie debita, periculum ante moram hujusmodi apud creditorem esset, augetur illud per moram, quatenus debitor custodiam amplius non debeat praestare, et solum de dolo malo teneatur. Pertinet ad creditoris moram textus Ulpiani notissimus *l. 1. § 3. de peric. et comm. rei vend.* Si venditum vinum, diesque ad admetiendum statuta fuerit, neque intra diem admensum sit; potest venditor, ut dolia, ac vasa sua libera habeat, testato denuntiare emtori, ut aut vinum tollat, aut sciat futurum ut hoc effunderetur. Et nisi profecerit, potest effundere; laudandus tamen, si effusione abstineat, et potius mercedem vasorum persequatur (*a*).

Antequam ad latiorem de mora debitoris tractationem deveniamus, admonendum est, posse fieri, ut prius quidem iniverit moram debitor, qui juste interpellatus non solvisset; inde vero, debitore rem debitam plenamque indemnitatem offerente, atque

(*a*) De mora creditorum addo (§ 44).

injuste recusante creditore, moram ab isto contrahi. Aut vicissim, primum creditorem, oblata recusantem injuste, contraxisse moram; hanc deinceps iniri a debitore, jam interpellato, neque solvente. Regula est, posteriorem moram nocere; sola enim revera est, quae remaneat. - Disputant, an simul debitoris mora esse aliquando possit, simul creditoris. Discedo ab his, qui affirmant, ac moram duplicem compensari arbitrantur; meque adscribo denegantibus. Quae enim mora est, ea semper alicui fit, atque supponit aut debitorem solvendo paratum, aut accipiendo dispositum creditorem. Quando uterque utrumque fugiat, mora fit neutri. Obstare videntur textus in *leg. 17. de peric. et comm. rei vend.* et in *leg. 51. pr. de action. emti:* ubi in vino praebendo et tradendo mora utriusque agnoscitur, tam emtoris quam venditoris; et, quod mirabilius videtur, ne compensari quidem moram hinc inde debere statuitur, sed moram tantum emtoris esse habendam in calculo, eam tantum nocere auctori suo. An ergo si emtor poenam in contractu promiserit, ea jam committetur? an (qui morae emtoris sunt effectus) effundere vinum venditori licebit? Nonne iniqua haec, quandoquidem venditor etiam in culpa fuit, qui recipiendae traditioni non fuit paratus? - Resp., pertinere textus illos ad moras, non conjunctim, sed per vices, contractas. Species dictae *leg. 51. pr.*

talis apponenda est: Emtor, soluto jam pretio, interpellaverat venditorem de re tradenda, isque, injuria recusans, in mora fuerat constitutus: porro venditor offerre rem coepit, atque injuste emtor refragari. Jam sola emtoris mora est, optima a Labeone allata ratione « non enim potest videri mora « per venditorem emtori facta esse, ipso moram « faciente emtore ». Revera Pomponius in *d. l. 17.* Labeonis sententiam invocat, atque ita, uti nos exposuimus, declarat. Accipit eam de successivis moris, deque mora emtoris posteriore. Nam si emtor moram fecisset prior, vinum justo tempore oblatum accipere recusans, at deinde interpellare incipiat et venditor injuria deneget; posteriorem moram venditori nocere, concludit Pomponius (*b*).

De mora debitorum frequentiorem usum habet tractatio, de qua erit universa oratio posterior. – Non eam sine interpellatione, quam creditor fecerit, iniri posse, compertum est. Quod enim dicitur, in obligationibus puris statim venire diem, atque oriri satisfaciendi debitum, non certum ac determinatum temporis punctum ad solvendum designat, quasi pri-

(*b*) Ne tunc quidem mora duplex simul esse potest, quando ex bilaterali contractu uterque contrahens praestationem facere deberet, et uterque recuset, interpellatus ab alio. Nemo enim ex bilaterali negotio juste potest interpellari ab eo, qui non ipse satisfaciat (§ 5): quare neutrius mora esset in casu proposito.

mo momento aut die prima solvi debeat. Non parum convenientiae rerum dandum est, possibilitati conquirendae pecuniae ex parte debitoris, majori aut minori creditoris de pecunia obtinenda necessitati. Quare interpellatio requiritur, quae moneat de officio suo debitorem, et satisfaciendi tempus et punctum determinet (*c*).

Aliquando interpellandi necessitas remissa est, et mora ex re contrahitur. Non de notissimis casibus loquar, quibus id favore fisci, aut minorum, aut libertatis, receptum est: sistam in vexata quaestione de obligationibus in diem, an adventa dies ad moram inducendam, interpellatione infecta, sufficiat; quod dicunt, diem interpellare pro homine. E glossatoribus vix quidam negativam tenuerat sententiam; obliterata tamen ea pene fuerat, atque invaluerat contraria, donec saeculo nostro Neustetel illam renovavit. Tum late exarsit contentio: Puchta, aliique non pauci, instauratam opinionem sequentes, interpellationis necessitatem propugnaverunt; at advenientem sufficere diem, adhuc Thibaut, Vangerow, atque alii , protuentur. Posterio-

(*c*) Unde etiam, facta interpellatione, non semper mora contrahitur: et quaestio dicitur facti potius, quam juris, *l. 32. pr. de usuris et fruct. etc.*

ribus hisce calculum nostrum adjicimus. Varietatem quidem inter veteres jurisconsultos fuisse putamus, morane per adventam diem, saltem ad quosdam effectus, generaretur, *l. 12. C. de contr. et comm. stip.*; sed affirmantium opinionem praevaluisse. Etenim quando dies fuit in contractu praefixa, adeo definitum est expediendae solutionis punctum, ut non opus ulla sit, quae illud amplius definiat, interpellatione. Monitus jam debitor est, ea die esse solvendum, creditorem de pecunia tunc accipienda calculos suos jam ponere, illum res suas ad id disponere. Alia monitio inanis esset, neque enim certiorari debet qui non ignoravit, *l. 1. in fi. de act. emti*, *c. 31. de R. I. in 6.* Atque ita accipiendae sunt argumentationes Justiniani in *l. 2. C. de jur. emphyt.*, et in *l. 12. C. de contr. et comm. stipul.* E textibus invocabo *leg. 22. de R. C.*, et *leg. 4. de cond. tritic.*, ubi damnum mutati rerum debitarum pretii, quod debitori tribuendum sit, ad tempus refertur solutioni praefixum in contractu, et, quanti tunc res valuerit, aestimandum esse constituitur. Certe autem effectus is morae est, ut mutationis pretii damnum debitor patiatur; uti latius exponemus inferius. Addam *leg. 114. de V. O.*, ubi Ulpianus ait, quod, si fundum certa die praestari stipuler, et per promissorem steterit quominus ea die praestetur,

consecuturus sum quanti mea intersit moram facti (*d*) non esse. Neque omittam *leg. 10. C. de act. emti*, eum, qui rem venditam, tempore placito non exhibuit, fidem rupisse videri, et ad id, quod emtoris interest, condemnari. Denique Justiniani verba in *l. 2. C. de jure emph.* adeo perspicua esse videntur, ut ex ea lege, et simul ex *l. 12. C. de contr. et comm. stip.*, aliquis ex adversariis ipsis fateri debeat, Imperatorem ad admittendam sine interpellatione moram fuisse inclinatum.

Adversus sententiam nostram ita disputant: Dies in contractibus favore debitorum adjectus praesumitur, non ergo pervertendus est eo, ut contra debitores ipsos moram, sine interpellatione, insolitam afferat. Praeterea notant, effectum advenientis diei illum esse, ut pura et simplex stipulatio reddatur; at in puris ac simplicibus stipulationibus non sine interpellatione mora contrahitur. - Resp: Adveniens dies puram eatenus facit obligationem, quatenus hujus efficacia in suspenso esse desinit, non autem adeo, ut diem adjectam fuisse, verum amplius non sit, et evitentur adjectae, ac venientis jam diei effectus. Inter quos moram ipso jure initam recenseri apprime debere, supra demonstravimus. Quod vero

(*d*) « Facti » legitur in scriptura florentina: alii codices habent « factam ».

dies favore debitorum adjectus censeatur, verum est, modo de eo favore, de quo cogitatum fuit, non de alio atque alio intelligatur. Favor debitorum fuit, ut ne statim, ac contractus habitus est, solvere deberent. Hoc plene usi, quando veniat dies, eo diligentius implere debent obligationem suam, quo lenius in ipsos fuit processum. Utique enim favores et beneficia justo rigore temperanda ac veluti pensanda esse, ratio aequitatis suadet, et nostro juri solet placere. - Gravius opponi videtur fragmentum Pauli in *l. 17. § 4. de usuris et fruct.* « Ex locato, qui convenitur, nisi convenerit, « ut tardius pecuniae illatae usuras deberet, non nisi « ex mora usuras praestare debet. » Ecce (ajunt ex adverso) tractabatur de casu quo dies solvendae pensionis statuta fuerat, et tamen tardius illatae pecuniae usuras non deberi, Paulus ait, nisi accesserit mora, a die adventa distincta, per interpellationem inducenda. Textus, arbitror, explicari debet, ut denique significet, non praerogari debere pensiones sine expressa conventione. Nimirum, si expresse convenerit, pensionem praerogandam, et non praerogatae juxta conventionem pecuniae (tardius illatae) usuras fore solvendas; servandum id ita esse. Si vero non ita convenerit, tardius inferendam esse pecuniam, pensionem exeunte quoquo anno deberi; hinc moram, nempe solitam, nasci, unde cursus usurarum inci-

piat. Ita Pauli fragmentum intelligendum esse putamus, ne uno illo a sententia, quam ratio suadet, firmant textus plures, deducamur.

Morae debitoris sunt effectus plures. Primus est, ut periculum rei debitae, quae casu perierit, aut deterior facta fuerit, maneat jam debitorem cessantem, *l. 23.*, *l. 82. § 1. de V. O.*, et passim; seu, quod idem est, obligatio ejus perpetuetur, *l. 91. § 3. de V. O.* In fragmentis quibusdam, veluti in *leg. 8. de re judic.*, scriptum est, e litis contestatae tempore periculum ad debitorem respicere. Ea tamen, nonnullis Scriptoribus bene notantibus, ad locos illos satis frequentes sunt redigenda, in quibus litis contestatio demonstrative accipitur pro tempore initae morae, quasi notabiliorem illa, atque certiorem interpellationem, originemque morae contineat (not. g).

Haec tamen regula de periculo debitoribus, post moram initam, tribuendo, exceptiones pati videtur. Justa excipiendi notio est in eo, ne casus praestatio debitori imposita, veram excedat indemnitatem, magisque tribuat creditori, quam is, obligatione ad executionem bene perducta, fuisset habiturus. At in exceptionibus delineandis magna est Scriptorum varietas. Sunt qui duas separatas exceptiones constituunt: nempe primo non teneri de casu debitorem in mora constitutum, nisi creditor, nempe actor probet,

sese rem, si data esset, fuisse venditurum, adeoque non apud se peremptionem rei aut diminutionem fuisse obventuram. Deinde non teneri eumdem, si talis naturae casus fuisset, ut rem, etiam actori traditam, perculisset. - Alii alterutram ex hujusmodi exceptionibus admittunt. Alii neutram. Alii aliquam admittentes in genere, nullam tamen furi aut violento possessori concedunt. - Alii denique e duabus unam conficiunt; hique rursus dividuntur inter se. Ex his enim nonnulli exceptionem ita componunt, ut debitor, mora inita, de casu non teneatur, quando talis esset casus, qui rem apud quemcumque constitutam affecisset, et praeterea creditor non probet, sese rem, si habuisset, fuisse distracturum, probandi onere hoc imposito creditoribus. Aliqui vero ita concipiunt exceptionem, ut debitor relevandus sit, quando casus quidem rem apud quemcumque perculisset, et debitor ipse probet, creditorem, si res ad eum pervenisset, non hanc fuisse venditurum; onere probationis hujus addito debitoribus. Postrema haec sententia, quam Glück, Savigny, aliique proferunt, nobis etiam arridet.

Placet, cumulari ab istis limitationes duas, ut unam conficiant. Neque enim absolvendus est debitor, si constet, rem apud alium non fuisse perituram, talemque casum fuisse, qui apud ipsum dumtaxat contigerit, veluti si fulmen equum de-

bitum, et non praestitum, in ipsius campo tetigerit. Ecquid enim amplius desideramus, ut illum obligemus de casu, quem sua mora generavit? Ergo secunda limitatio, quod creditor rem non fuisset distracturus, sola valere non potest ad liberandum debitorem. Nec sola valebit prior, quod casus etiam apud alium contigisset; nam si creditor rem fuisset venditurus, non in damnum ipsius, sed emtoris, malus accidisset eventus; damnum autem ei ex debitoris mora obvenire, aequum non est. Quamobrem primo observandum est, an casus apud alium aeque obtigisset; sique constet, illum ita non fuisse obventurum, debitorem, constitutum in mora, obligabimus. Si vero constiterit, casum ubicumque eventurum fuisse; inspiciendum erit adhuc, utrum creditor, si rem obtinuisset, casum passurus, re retenta, fuisset; an non, re potius distracta. Si hoc alterum appareat, rursus gravabimus debitorem; si primum, tunc denique hunc relevabimus, nec enim ex mora ipsius damnum evenisse dici potest, quando res certe apud creditorem, hujusque periculo, aeque periisset.

Placet insuper, quod onus probandi, creditorem distracturum rem non fuisse, imponant debitori, in mora constituto; potiusquam e creditore, sese rem fuisse venditurum, probationem expectent. Ecquo enim modo creditor id probet? quoniam de his,

quae in hypothese supposita fieri potuissent, numquam verae probationes, sed conjecturae tantum aliquando proponuntur. Maxime quum quisque, dispositus licet ad rem vendendam, neque invenire emtores, neque etiam quaerere soleat, donec non ipse a debitore suo possessionem sit assequutus. E contra non impossibilis est debitori probatio, quod venditurus creditor non esset; veluti si fundus fideicommisso gravatus, aut fundus dotalis, repeteretur ab eo; vel, universo morae tempore, abfuisset creditor, neque procuratorem, cui vendendi facultas esset, reliquisset.

Fragmenta quidem nostrae, non aliorum sententiae favere, haud magna opera, demonstratur. Constitutum est in *leg. 40. pr. de hered. petit.*, *leg. 15. § 3. de R. V.*, *leg. 47. § 6. de l. 1.*, ei, qui sit passus moram, praestari casum oportere, data ratione « quia potuit petitor distraxisse », tum « nam petitor, si accepisset, distraxisset », tum denique « potuit enim eum acceptum legatarius vendere ». Non absolute loci hi sunt accipiendi; quasi limitatio regulae fieri semper, atque omnino debitor relevari oporteat, quotiescumque creditor distracturus non esset: sed conjungendi sunt aliis textibus, ubi excluditur praestatio casus, qui apud alios aeque contigisset. Ecce enim vicissim Gajus *l. 14. § 1. depos.* ait « si

« homo mortuus fuerit, Sabinus et Cassius absolvi « debere eum, cum quo actum est, dixerunt: quia « aequum esset, naturalem interitum ad actorem « pertinere; utique cum interitura esset res, et si « restituta esset actori ». Locus rursus non absolute sumendus ita, ut perpetuo liberandus sit debitor, quando res, actori licet restituta, esset interitura. Sed ita intelligendus, ut solum in casu, quo res etiam restituta periisset, possit Sabini et Cassii, absolventium debitorem, vera esse sententia; falsaque ea sit omnino extra talem hypothesem. Non ideo Gajus in hypothese hujusmodi approbat plenissime sententiam eamdem. Utique enim etiam tunc absolvendi debitoris, in mora positi, ratio nulla est, nisi probetur praeterea, actorem non fuisse venditurum; aliter enim morae adhuc damnum tribuendum foret.

Ulpianus *l. 14. § 11. quod met. caus.* agens de re per metum adempta, ac post judicium acceptum fortuito pereunte, ait « si tamen peritura « res non fuit, si metum non adhibuisset, tene« bitur reus ». Reum dicit omnino teneri, si res apud veterem dominum peritura non fuit. Non affirmat e contrario, numquam teneri, si res fuit peritura. Tenetur enim reus conventus etiam in hoc casu, nisi probet insuper, actorem rem servaturum,

neque eam distracturum fuisse. – Aut forte verbo illo « peritura » usus est jurisconsultus relate ad actorem, significans, non hujus damno, non apud eum, rem perituram fuisse. Ut una illa voce integram theoriam exprimeret: Teneri debitorem, si res apud actorem peritura non esset vel ex indole casus, vel ex non probata rei, si restituta fuisset, perseverantia in patrimonio ipsius. Hanc autem interpretationem sequentia Ulpiani verba suadent; ubi, observatione ad id expresse collata, venditurus necne actor rem fuisset, ait « Itaque interdum homi-« nis mortui pretium recipit, qui eum venditurus « fuit, si vim passus non esset ». Quoniam supra dixerat, teneri reum, si res non esset apud actorem, damno actoris, peritura; concludit optime, ita fieri, ut non modo teneatur reus, si casus, apud eum solum de sui natura contingens, excludat, rem apud actorem fuisse perituram; sed *interdum* etiam in casibus aliis universalioribus, si nempe actor rem fuisset venditurus, scilicet si reus non probet contrarium (*e*).

(*e*) Quamquam in explicando Ulpiani loco non sequutus sim Savigny, singularem illum esse, asserentem; placet tamen, quod gravissimus Auctor derelinquat scripturam vulgatam. et florentinam, in eo Ulpiani inciso « Sed « et si non culpa ab eo, quo cum agitur, aberit »; separaretur enim ita casus fortuitae fugae a tractatione praecedenti, dum imo immediate antea de hoc ipso eventu Ulpianus fuerat loquutus. Assentitur Haloandro legen-

Denique observandum est, textus invocatos ab illis, qui furibus violentisque possessoribus nullum effugium a casu praestando concedunt, sententiam hanc vere non concludere. Etenim, teneri eos de casu, constituentes, non denegant solitam exceptionem. Imo *l. 8. § 1., l. ult. de cond. furt.* nonnisi moram perpetuam in fure agnoscunt, scilicet cum regulis suis, atque exceptione. Denique *l. 40. pr. de hered. petit.* exceptionem nostram tribuit implicite praedoni, quando ait, teneri eum erga petitorem hereditatis, si post litis contestationem res perierunt « quia potuit petitor, restituta he« reditate, distraxisse ea ».

Alter morae effectus est valde similis priori. Si, uti fit in commerciis rerum pretia, rebus ipsis in sua substantia non mutatis, modo tolli modo extenuari, pretium rei debitae post initam moram mutetur, varietatis damnum ferre debitor tenetur. Etenim mora non uno momento continetur, sed inita semel, repetitur perpetuo, donec creditori haud satisfiat. Hinc et illa die, qua pretium forte adau-

ti « Sed et si non culpa ejus, cum quo agetur, obierit »; casus mortis bene a casu fugae, superius exposito, distinguitur.

Caeterum explicationi, quam Ulpiano dedimus, concinit fragmentum Pauli *l. 12. § 4. ad exhib.* Ait Paulus, reum conventum de casu teneri « tan« to magis, si apparebit, eo casu mortuum esse, qui non incidisset, si « tum exhibitus fuisset ». Tanto magis, ait: nam et si id non apparebit, tenetur tamen adhuc reus conventus, nisi probet, actorem non fuisse venditurum.

ctum est, mora adfuit, atque ipsius diei tenenda est aestimatio; quae ex morae natura perpetuatur, neque, pretiis postea residentibus, amplius comminuitur. - Quapropter de exterioribus mutationibus pretii tam speciei quam generis debiti, uti etiam de peremptionibus aut minutionibus debitarum specierum, regula est, judicem a tempore morae ad tempus sententiae, nempe condemnationis, quanti res plurimi fuerit, observaturum, ac tanti damnaturum. Excipiendum est quoad stricti juris judicia, quod, si pretium maximum post litis contestationem fuerit, non illud in calculo judex possit habere. Formula enim, quae litis contestatae tempore accipitur, concepta est « quanti ea res *est*; ergo rigor talium judiciorum posteriora augmenta in sententiam deduci non sinit (*f*). Quare praepositae re-

(*f*) Utique apud Gajum formulas habemus conceptas « quanti ea res « *erit* », sed solum in judiciis bonae fidei *Gaj. IV. 47.*, aut arbitrariis, *Gaj. IV. 51.* - Videbimus (§ 32), jam pridem deflexum fuisse, qua fieri poterat, a rigore verborum illorum « quanti ea res est » in formula actionum stricti juris, ad hoc, ut actor pejorem conditionem suam litem contestando non faceret; atque admissum fuisse, ut omnis causa post litem contestatam deberetur, etiam in judiciis stricti juris, utputa fructus, et usurae, *l. 2.*, *l. 38. § 7. de usur. et fruct.* Haec tamen ab augmentis pretii, litis contestationi precedentibus, longe differunt. Nam, uti Papinianus significat in *d. l. 2.*, eo ipso, quod « quanti ea res est » dictum erat in formula, res reddenda est, qualis fuit, cum petebatur; ergo cum suis, ad producendum idoneis, qualitatibus. A quibus non distant fructus, neque etiam usurae postea perceptae. At mutationes atque augmenta valoris, quae

gulae haec erit exceptio: Si de augmento pretii aestimando agatur in judicio stricti juris, ratio habebitur temporis, quod moram inter, ac litis contestationem intercedit.

Tum regulam, tum exceptionem, textus confirmant. A tempore morae initium aestimationis semper habendum esse, accipimus ex *leg. 22. de R. C., leg. pen. vers. in utroque, de condict. tritic.* (locus inferius late exponetur), et *leg. ult. eod. tit.* (*g*). Perveniendum autem esse ad tempus condemnationis in judiciis bonae fidei, ad tempus autem litis contestatae in judiciis stricti juris, firmat Ulp. *l. 3. § 2. commod.*

Multam difficultatem facere visus est Ulp. ipse *d. l. pen. vers. in hac actione, de cond. tritic.* Cum enim Ulpianus tractet de condictione triticaria, quam stricti juris actionibus esse adscribendam, constat jam apud omnes; condemnationis tempus spectandum esse, Servio auctore, pronuntiat. Corrigit Huschke in textu vocem « condemnationis », subjecta alia « contestationis ». Quam quidem violentiorem explicationem Savigny non immerito recu-

extrinsecus omnino obveniunt, nimis evidenter per verba illa formulae excludebantur, quam ut possent in sententia comprehendi.

(*g*) Quod in *d. l. ult.* legimus « cum judicium acciperetur », intellige demonstrative, quatenus nempe litis contestatio solitum atque perspicuum morae initae tempus continet.

sans, non magis probabilem e suo penore producere videtur. Ait, verbum illud condemnationis in fragmento esse ita intelligendum, ut non sententiam judicis, sed formulae partem postremam exprimat; quasi Ulpianus aestimationem ad tempus acceptae formulae, quod idem contestandae litis erat, redigat. Quae quidem si vera essent, oppido quam perverse loquutus fuisset jurisconsultus. Etenim cum, Savigny aliisque ita supponentibus, propositum Ulpiano esset, ut extremum aestimandi tempus definiret in triticaria condictione, atque inter litem contestatam ac sententiae proferendae tempus dubitari posset; exprimendae litis contestationi verbum condemnationis adhibuisset, ambiguum illud quidem, imo tale, quo longe frequentius sententia significatur. Dum totidem fere literis, litis contestationem, proprio et certo sermone, potuisset exprimere. Ac pejore etiam consilio locutionem hujusmodi retulisset Tribonianus, quando, aboletis formulis, condemnationis nomen non aliam quam sententiae significationem habebat.

Plenior integri fragmenti explanatio probabilem, nisi quid nos fallit, difficultati propositae responsionem suppeditabit. Ulpianus in *vers. in hac actione*, tractat de casu servi debiti, cujus nulla exterior, prae varietate commerciorum, pretii mutatio evenerat. Distinguit, utrum sententiae feren-

dae tempore existat servus adhuc, an mortuus sit dolo culpave debitoris: in primo casu tempus condemnationis aestimando servo idoneum esse ait; reque vera nulla ratio erat, cur judex in tali casu ab eo tempore, quo sententiam profert, recederet. In altero casu inspiciendum esse dicit tempus mortis, postea enim nihil, quod aestimetur, superfuit; latius tamen, ita, ut si mortifere servus vulneratus fuisset prius, et mortis tempore ad exiguum pretium redactus esset, non novissimum hoc mortis tempus debeat aestimari. - Postea in *vers. in utroque,* incipit loqui de mora, deque mutato post eam exteriore servi pretio ex varietate commercii; atque ait, morae habendam esse rationem, ad tempus morae redigi aestimationem debere, sive quod inde servus mortuus dolo culpave debitoris esset, sive non. Verum in hoc casu non dicit, ad quod usque tempus mutationum ratio sit habenda. Firmat, non condemnationis tantum, aut mortis epocham, uti in casu superioris *vers. in hac actione,* esse inspiciendam, sed ad initam moram retrocedendum esse, quae sit justae aestimationis initium. Non addit, quod falsum fuisset, illa duo tempora, aut condemnationis aut mortis, extrema futura, ad quae aestimandi calculus producatur. Et revera, uti absonum fuisset, ad tempus usque condemnationis aestimationem protrahi, si servus viveret, quia in condi-

ctione triticaria, stricti juris actione, aestimatio nequit contestatam litem excedere ; ita etiam fuisset injustum, non ultra tempus mortis pretiorum varietates considerari, si servus dolo culpave debitoris periisset. Eccur enim de posterioribus augmentis pretiorum in tali mortis eventu ratio non haberetur, modo litis contestationem praecessissent? Denique Ulpianus in nulla integri fragmenti parte designat, quodnam extremum sit tempus aestimandarum extrinseci pretii, in commerciis contingentium mutationum. Supplendum est ex Ulpiano ipso *l. 3. § 2. commod.;* in condictione triticaria assignanda est litis contestatio.

Ab ea, quam huc usque exposuimus, regula, circa aestimationes faciendas tam intrinsecarum in corpore debito, quam exteriorum in pretiis mutationum, recentes nonnulli, Donelli vestigia sequuti, graviter differunt. Putant in bonae fidei, atque in arbitrariis actionibus creditoris arbitrio permitti, velitne morae tempus, an sententiae, considerari, intermedium nullum eligere eum posse; in actionibus autem stricti juris aut morae aut litis contestationis tempus, intermedio rursus excluso, eligere creditorem debere. Moventur praecipue verbis Pomponii in *l. 3. § 3. de action. emti* « condemnari « eum (venditorem) oportet, utro tempore pluris « vinum fuerit: vel quo venit, vel quo lis in con-

« demnationem deducitur ». Duo igitur, ajunt, sunt fixa neque praetereunda tempora. Vel quo venit res; nempe si statim, ac vendita ea fuit, interpellatio locum habuit, et mora: vel quo sententia profertur. Intermedium nullum considerandum est. - Attamen sententia haec ex ipsa morae notione excludi videtur, quae non uno illo, quo existere coepit, momento durat, at pergit in posterum. Quare eadem ratio, qua de majore primi illius momenti valore debitor obligatur, de posterioribus etiam augmentis obligandum ipsum esse suadet. Pomponius autem, qui in *l. 3. § 3. de action. emti* duo tempora, specialem observationem merentia, extremis, intra quae sese judex continere debet, figendis constituit, spatium intercedens non excludit. Fortasse etiam in specie Pomponii, ubi solers adeo petitor fuerat, ut ipso contractus perfecti tempore traditionem quaesiverit, credendum omnino erat, minimum fore tempus a mora ita inducta ad sententiam, intercessurum: varietatum difficilis in talibus angustiis eventus praevidendus non fuit. Maxime in expedita illa litium romanarum methodo, qua judiciorum legitimorum longissimum tempus erat mensium duodeviginti, *Gaj. IV. 104.*; at valde minuendum quidem per instantias actorum, jus suum impigre persequentium.

Mora debitoris producit etiam effectus quoad fructuum rei debitae praestationem, item, si debitum in quantitate consistat, quoad praestandas usuras. Latiorem de fructibus, deque usuris tractationem sustineamus tantisper, donec pauca illa, quae de mora supersunt, absolvamus.

Quamdiu mora perseverat, tamdiu durant effectus ipsius: cessant hi, si illa emendetur, purgetur. Emendat debitor moram suam, si plene jam adimpleat obligationem, vel debitum offerat modis legitimis (*h*): purgat creditor propriam, si paratum sese accipiendo declaret. Tunc si alius vicissim injuste detrectare incipiat, in ipsum transferri moram cum suis effectibus demonstravimus. Morae purgatio etiam obtinetur, si de remittenda ea aut expresse conveniatur, aut tacite; veluti si creditorem inter ac debitorem novatio fiat (*i*); aut creditor sine obtestatione debitori, in mora constituto, dilationem concedat (*k*).

(*h*) Si poena ex mora jam erat commissa, certe posteriore poenitentia debitor non ab ea liberatur; neque solius debiti antiqui justa esse videtur oblatio, *l. 23. pr. de receptis etc.*, *l. 23. de O. et A.*

(*i*) Adde tamen (§ 46).

(*k*) Remissio etiam facta censetur, si solutionem sine poena jam commissa (not. g) creditor, non obtestans, accipiat, *l. 23. pr. de receptis etc.*

§ 32. *De fructibus, deque usuris.*

Quicquid commodi ex re, salva substantia ipsius, percipere possumus, fructus generali nomine venit. Unde Javolenus *l. ult. h. t.* ait, fructum rei esse, vel pignori dare licere; nam nisi quis pignori rem dare potuisset, pecuniae creditae commoditatem assequutus non esset. – Valde strictior est propria ac primitiva nominis illius significatio. Eaque ad leges physicae naturae respicit, ut quidquid legum ipsarum ordine ex re nascitur, ejusdem rei fructus esse dicatur. Horum autem indoles, ac veluti nota est, quod periodo quadam et vicissitudine temporum reproducantur, modo majore modo minore expectationis probabilitate. Sic foetus, lana, lac, pili sunt in fructu pecudum; fructus soli sunt plantae, atque partes earum universae.

Quaedam sunt in usibus hominum, quae non ex physica natura generantur, quaeque actibus mere juridicis acquiruntur; sed quoniam per periodos temporum, spe expectationis varia, producuntur, fructibus recensita, similibusque regulis subjecta sunt. Hujusmodi sunt mercedes et pensiones rerum locatarum, operae servorum, pecuniarum usurae. De his ait Ulpianus *l. 34., l. 36. h. t.*, vicem fructuum obtinere, pro fructibus accipi. Nomine fructuum ci-

vilium designata sunt ab Interpretibus, qui priores illos fructus naturales dixerunt.

De fructibus separatim, deque usuris, quoad contractus et obligationes latiori oratione tractantes, de morae effectu simul videbimus; quandonam fiat, ut fructus atque usurae, quae, mora deficiente, debitae non fuissent, ex ea incipiant deberi. Et primo quidem sit de fructibus sermo.

Illum, qui de re danda obligatur, ad fructuum etiam adminiculum praestandum teneri, aequitas generaliter suadet; quoniam aequum non est, fructibus rei debitae locupletari debitorem. Quare in bonae fidei judiciis, ubi omne, quod ex bono et aequo praestandum est, in condemnationem deducitur, fructus etiam sententia judicis comprehendit; *l. 38. h. t.* saepe, et praesertim *§ pen.* Idque ita est etiam de fructibus ante moram initam perceptis. Ejus, qui moram contraxit, eatenus tantum conditio gravatur, quatenus de illis etiam fructibus tenetur, quos ipse non percepit, percepisset tamen bonus paterfamilias. Hoc enim jure censetur quisquis in culpa sit neglectae neque excultae frugiferae rei; talis autem certe est debitor in mora constitutus, *l. 38. § 1. h. t., § 2. vers. illorum, I. de offic. judic.*

Diversa de judiciis stricti juris regula est. Cum enim verba illa formulae « quanti ea *res* est » pro-

pria significatione rem ipsam solam, quae petitur, exprimant, *l. 1. § 4. si quis jus dicenti etc., l. 8. de in lit. jur., l. 179., l. 193. de V. S.*; rigor servandae formulae condemnationem, praeter rem, fieri non patiebatur. Tamen mitiori jurisprudentia factum est, ut formulae verbum « res » pro ipsa lite interdum acciperetur, adeoque conceptio illa « quanti ea res erit » saepe comprehenderet id, quod actoris intersit. Quod non tantum in judiciis bonae fidei atque arbitrariis fuisse receptum, *l. 68. de R. V.*, verum etiam in judiciis stricti juris, constat ex *l. 18. pr. § 1. 4. de dolo, l. 21. § 2. ad l. Aquil., l. 3. de cond. furt.* In hac interpretandae formulae ambiguitate de fructibus admissa distinctio est; ut si judicium stricti juris tale esset, quo restitutionem rei, quae nostra fuerit, persequeremur, fructus in eo, etiam ante moram percepti, comprehenderentur; excluderentur autem fructus etiam post moram, si judicio stricti juris id, quod nostrum non fuerat, peteremus, *l. 38. § 7. h. t.* Exemplum judicii rem, quae ad actorem pertinuisset, persequentis, adeoque fructus continentis, est in condictione indebiti, *l. 15. pr. de cond. ind.*; exemplum judicii quod rem, quae actoris non fuit, includat, atque idcirco fructus excludat, est in actione ex tali stipulatione: Promittis dare? Promitto, *d. l. 38. § 7. h. t.* Ratio autem discriminis in *d.*

l. *38.* *§* *4.* *h.* *t.* Verbum restituendi plenam habet significationem ita, ut qui rem ei, qui fuerat dominus, restituere teneatur, nonnisi redditis etiam fructibus, videatur satisfacere.

Regulae, quas exposuimus, observandae sunt quoad tempus, quod initium judicii, litisque contestationem praecesserit. Fructuum enim post litis contestationem perceptorum praestatio cessare debere videretur, etiam in illis judiciis, in quae fructus anterioris temporis deducuntur. Idque ex ratione duplici. Primo quia saepe per litem contestatam fit principalis juris novatio, adeoque nulla accedentium fructuum praestatio perseverare posse videretur. Deinde quia formulae conceptio in judiciis stricti juris talis erat, ut etiam ubi de restituendo ageretur, et fructus ante litem contestatam inducerentur, excluderentur tamen posteriores. Est enim ea « quanti ea res *est* »; ac verbo praesenti tempore adhibito fructus successivos avertit. Nihilotamenminus placuit, fructus etiam post litem contestatam natos in condemnatione posse comprehendi, *l.* *2.* *h.* *t.* Non obstabat frequens novatio, quia judicialis illa, et necessaria, plenos non habet effectus, neque accessoria tollere solet veteris obligationis (§ 46). Non obstabat formula. Vidimus enim (§ 31. not. f), ita verba ejus fuisse intellecta, ut ea, quae vi rei ipsius petitae generarentur, viderentur inclusa: ete-

nim per litis contestationem non deterior creditoris conditio fieri debet, sed melior. - Quo posito, progressum est, ut non solum debita jam ante litem contestatam fructuum praestatio inde perseveraret, verum etiam ea fieri inciperet, quae antea non deberetur. Nempe ut in judiciis stricti juris, non ad restitutionem directis, fructus a litis contestatione praestandi essent. Haec Sabini et Cassii sententia fuit prius, generalis deinde omnium effecta est, *l. 38. § 7. h. t.*

Jam ad usuras. Usura est id, quod praestatur ex eodem genere pro usu pecuniae vel alterius rei fungibilis. Quare ab utendo nominatur; unde apud Ciceronem, atque alios, pro ipso usu usura accipitur, lucis usura, temporis usura dicitur, atque in juris canonici Capitibus vitae usura interdum exprimitur. Nimirum quantitatum usus, uti et caeterarum rerum, aestimari pluribus modis potest: verum cum in civitate per quasdam generis ejusdem partes aestimari soleat, tum aestimatio haec commoda et momentosa speciale usurae nomen habuit, et proprias e jure civili dispositiones.

Ex Ulpiano *l. 34. h. t.* usuras ad fructus referri, supra demonstravimus. Justus Ulpiano locus tribuendus est, ut suus relinquatur etiam Pomponio, usuram in fructu esse deneganti *l. 121. de V. S.* A fructibus caeteris, etiam civilibus, differunt

aliquatenus usurae: utpote quae non adeo per temporum periodos revertuntur, neque adeo verisimilem obtinent reproductionem, uti fructus, qui suum exinde characterem accipiunt. Aliae enim res, fundi, aedes, servi, usum semper praebent, atque eum quidem, qui potest aestimari pecunia. Quoniam talia quisquis habet, aut locat aut adhibet usibus propriae personae, pecuniam aut accipiens ab aliis, aut propriam non impendens. Eaque inoccupata relinqui, rarae exceptionis est, e pessima aliqua administratione provenientis, in calculo non habendae. Ast pecunia non usum habet, aut non eum, qui alia aestimetur pecunia, nisi certae, tum in regione generales, tum in singulis hominibus speciales circumstantiae concurrant; hae vero non raro deficiunt. Etenim, ut ab eo, quod in regione frequentatur, incipiam, languent saepe commercia ita, ut ad utilia comparanda adhiberi pecunia nequeat; jamque, usum alia pecunia aestimandum haud exhibente pecunia, non juste perciperentur usurae, quae usus retributiones pecuniariae sunt adamussim. Quamobrem optimo jure vetusti Canones tunc usuras prohibuerunt, quando, ingruente aetatum mediarum obscuritate, promercia jacebant. Quum vero in Italia nostra primum industria resurrexit, aequa sapientia Paulus Castrensis e Faliscis, Baldi discipulus notam introduxit sententiam de praestandis usuris,

siquidem damnum emergens, vel lucrum cessans probaretur, scil. demonstraretur, potuisse in usus pecuniarios adhiberi pecuniam. - Praeterea adsint oportet peculiares civis cujusque dispositiones. Etiam enim si commercia floreant, plures esse possunt domino rationes servandi potius nummos, quam impendendi; aut impendendi quidem, sed ad supellectilem nitidiorem, aliave hujusmodi comparanda, quae productionis vi ac potestate destituuntur, neque augent pecuniam.

Inspecta minus tuta revertendi vicissitudine, usurae a fructibus separantur, atque indemnitatis potius praestationes esse videntur, nempe ejus, quod interest domini, usum pecuniarium accipere non potuisse ex nummis ab alio retentis. Unde italico, aliorumque plurium populorum, idiomate usurae per vocem illam *interesse* significantur. - Haec Pomponio *l. 121. de V. S.* explicatio tribuenda est. Neque enim haec, quae de usurarum natura atque indole huc usque disseruimus, ignorata fuere romanis. Ideo hi usurarum praestationem receperunt, quia apud ipsos commercia vigebant, atque collocandis in pecuniarios usus nummis tam generalis aptitudo, quam privatorum hominum consuetudo conferebant. Aderant enim, qui communiter adhibebantur, argentarii, collocandas facillimo pecunias accipientes, atque ad Janum medium publicum mone-

tarum commercium exercentes. De singulis autem civibus narrat Polybius, vel ipsis Reipublicae exordiis ditiorem quemque occupandae pecuniae operam assiduam dedisse; unde praegravatam plebem, ac urbem seditionibus turbatam fuisse, memoria proditum est. Eo processit sollicitudo, ut patresfamilias, ne pecuniam suam, brevius etiam, otiosam manere paterentur, non per annos, at per menses foenerari solerent (*a*).

Et re quidem vera usuras praestationi ejus, quod interest, comparantem Papinianum habemus *l. 9. pr. h. t.* Credita pecunia, ac die ad solvendum conventa, potest certe creditor poenam stipulari in eum casum, quo illa die pecunia non solvatur. Poenae conventionales, uti vocant, locum tenent ejus quod interest (§ 17. not. a). Papinianus, poenam illam modum usurarum legitimum superare non posse, respondet; nempe quia usurae legitimae id, quod interest, repraesentant. - Saepius usurarum veram notionem agnovere jurisconsulti in tractatione de donationibus. Donationes, quae vulgari significatu liberalitatem quamcumque comprehendunt, strictius accipiuntur in jure civili, ut eos tantum actus designent, quibus locupletior fiat unus ex eo, quod alius amittat e patrimonio suo. Quaesitum est, an

(*a*) Vid. (§ 43. not. a).

si quis alteri commodet domum suam, aut fructuum perceptionem ex suo fundo largiatur, donatio proprie dicenda sit. Affirmavit Pomponius *l. 9. pr. § 1. de donat.*: domus namque, et fundi perpetuus usus est, isque aestimandus pecunia; quem qui amisit favore alterius, hunc fecit, sese depauperans, locupletiorem. Facta rursus quaestio est de eo, qui mutuam det sine usuris pecuniam; aut de eo, qui usuras ex praecedenti contractu conventas remittat, vel minuat; aut de eo, qui debitum in diem illico solvat, remisso ita usu pecuniae ad illam diem. Propriam donationem esse, denegatum est a Pomponio ipso, atque a Modestino. *l. 31. § 6. de donat. int. vir.*, *l. 23. pr. de donat.* Cum enim de pecunia agatur, quae usum alia pecunia aestimandum non habet perpetuo; certum non est, eum, qui remisit, factum fuisse pauperiorem. Videtur is qui remittit, potiusquam vere donet, declarare, sua non interesse usu pecuniae carere. Sese nummos in promercia collocaturum non fuisse; nullum ex eo, quod apud alium resideant, sibi damnum obtingere; non sibi de eo, quod intersit, deque indemnitate faciendam praestationem; non solvendas usuras esse (*b*).

(*b*) Firmantur haec fragmento Ulpiani, quod prima fronte obstare videretur, in *l. 21. § 1. de donat. int. vir.* De uxore, quae dotem,

Quoniam in praestatione indemnitatis usurarum notio versatur; ergo usurae debentur ab eo, qui vel ex conventione, vel ex regula juris, ad alium ita indemnem praestandum tenetur.

Inquam, ex conventione; de qua prius tractandum est. Conventio de praestandis usuris aut stipulatione continetur, aut pacto nudo. – Per stipulationem promissas usuras, sive bonae fidei, sive stricti juris contractui adjecta sit stipulatio, civiliter etiam deberi[1], apertissimum est. – De pacto nudo investigandum est, utrum contractui bonae fidei adjectum illud, an stricti juris negotio fuerit. Si contractui bonae fidei pactum de usuris in continenti additum sit; actio proderit ipsa, quae contractum defendit; utique enim pacta in continenti apposita insunt contractibus, eorumque partem efformant (§ 4). Difficilior quoad negotia stricti juris quaestio est.

Solitas de pactis regulas etiam ibi servatas generaliter fuisse censemus. Nempe pacta licet in

et dotis usuras promiserat, deque viro usuras promissas remittente, dubitatam rem indicat Ulpianus; sed Juliano et sibi videri, donationem esse, inter conjuges illicitam. Ratio; quia certus usus pecuniae dotalis fuisset, nempe usus ille, quem ipsa dotis natura necessario inducit; ad substinenda onera matrimonii. Donec dos promissa non solveretur, in damno versabatur maritus; intererat hujus, dotem nondum solvi. Hinc usurae promissae veram afferebant indemnitatem, praestationemque ejus quod interest. Non sine jactura, veraque donatione, remissio illarum esse poterat.

continenti adjecta negotiis stricti juris, non inesse, neque vim civilem habere, si novum aliquod jus inducant, non simpliciter modum juri jam in contractum deducto, aut detractionem aliquam contineant (§ 4). Non igitur ex pacto usuras adjiciente actionem nasci. Non usurarum gratia, uti nonnullorum sententia est, a principiis solitis recessum fuisse: neque enim tantus est usurarum favor, ut pro illis regulae subvertantur. Regularum observatarum perspicua testimonia sunt in *leg. 24. depos.*, *l. 24. de praescr. verb.*, *l. 6. C. si cert. petat.*, *l. 3. C. de usur.*, Paul. *sent. II. 14. 1.* « Si pactum nudum de praestandis usuris inter- « positum sit, nullius est momenti. Ex nudo enim « pacto inter cives romanos actio non nascitur ».

Neque nos ab hac sententia deducit celebris *l. lecta, 40. de R. C.*; de qua dictum est, legem *lecta* multum lectam, numquam intellectam fuisse. Papiniano Praefecto Praetorio sequens oblata species est. P. Maevius quindecim millia denarium L. Titio crediderat. Hi convenerant inter se, et stipulando firmaverant, ut Kalendis futuris integra pecunia redderetur. Convenerant quoque, et stipulatione (quod notandum est) confirmaverant, quod, si illa die pecunia soluta non esset, in poenam morae, usurarum nomine L. Titius rependeret P. Maevio denarios singulos in dies triginta inque dena-

rios centenos, donec pecuniam illam non solveret. Ergo de usuris praestandis facta stipulatio fuerat. Denique convenerat, at sine stipulatione, et per pactum nudum, quod, si ea contigissent, quae in secunda stipulationis parte praevisa et constituta fuerant, nempe pecuniam creditam Kalendis futuris non solvi, atque incipere debitum usurarum; tunc non amplius L. Titius simul et semel integram pecuniam solveret, sed menstruos denarios trecenos. Ita stipulati, ita pacti sunt, Maevius et Titius. Porro Kalendae advenerunt illae, de quibus in prima parte stipulationis dictum fuerat; neque solutum est, ita ut secunda pars stipulationis commissa esset, adjectumque pactum. Praeterea tot alii menses lapsi sunt, ut, ratione habita tercentorum menstruorum ex pacto solvendorum, sors integra quindecim millium denariorum solvi iterum debuisset; nempe expletum est quadriennium atque bimestre. Neque tamen quicquam de sorte, neque de usuris solutum est. Quaestio fiebat circa usurarum computationem. Nisi pactum illud de dispertita sortis solutione adfuisset, et in his, quae stipulatione erant comprehensa, fuisset remansum; certe usurae solvi deberent sortis totius per integrum tempus a Kalendis illis, quibus solvendum prius fuerat, computatum. Stipulatum enim erat simpliciter, ut usurae solverentur donec pecunia numerata non esset, in poe-

nam morae. Ex pacto nascebatur dubitatio. Cum enim de casu solutionis Kalendis non factae, atque incipientis ex mora debiti usurarum, conventum fuisset, ne debitor integram simul solveret summam, sed per menstruos trecenos; quando ille casus evenit, ac deinde primus alius mensis completus est, juxta pactum mora non de integra quantitate inita fuit, sed de solis tercentis; absoluto alio mense, mora fuit de sexcentis; moram de nongentis exitus tertii mensis tulit; donec de summa tota post mensem quinquagesimum mora esse denique coepit. Quare ex pacti vi poena etiam morae, videlicet usura, non de sorte integra per universum tempus erat solvenda, sed progrediente pedetentim per menses augmento. - Erat qui putaret, usuras sortis totius ex Kalendis illis posse peti, data tantum adversus agentem, ut conventio observaretur, exceptione pacti conventi; quasi non alia major pacti, negotio stricti juris adjecti vis esse posset. Isque forsan fuit Ulpianus, qui cum Paulo Adsessoris officium Papiniano praestitit. At Paulus vim tribuit pacto, quasi inesset stipulationi; atque ita, uti descripsimus, debitum usurarum ipso jure comminuendum esse putavit. Atque haec sententia obtinuit. Textum a nostra quaestione abesse, facta ipsius expositio demonstrat; non enim de pacto quaerebatur, quod usuras induceret, sed imo de pa-

cto, quod usuras stipulatione comprehensas minuebat. Pactum erat, quo detrahebatur ex illis, quae fuerant in stipulatione conventa; cuique idcirco civilem vim dari, regulis congruebat (§ 4).

De pacto praestandarum usurarum, negotio stricti juris adjecto, exposita regula unam recipit exceptionem ex *l. 12., l. 23. C. h. t.* Nempe in mutuo frumenti, hordei, olei, usurae pacto promissae civiliter etiam debentur. Id autem singulari omnino ratione aequitatis fuisse receptum, indicant verba illa Philippi *d. l. 23.* «. . . suasit admitti ». Ratio talis quae fuerit, ipse Philippus demonstrat *ib.* « incerti pretii ratio ». Ex Interpretibus aliqui bene explicant ita: Variare pretia rerum solent (maxime pro majore aut minore tum copia ipsarum, tum apud cives necessitate); incerta rerum pretia sunt. Fac, mutuos datos fuisse tot frumenti modios, quando ex commerciorum inclinatione praevidebatur, fore, ut pretia frumenti, tempore restitutionis, longe minora praesentibus essent futura. Ne creditor in damno versaretur, summa aequitate pactum fuit, ut deberentur usurae. Et pacto tali vim tribui civilem, eadem ipsa aequitas suasit. Neque praetermittendum est, quod addit Vinnius, eo facilius haec pacta admissa fuisse, quo ad dandas mutuo res illas, vitae humanae apprime necessarias, cives allicerentur.

Satis de conventione: videamus, quandonam ex generali juris regula usurae debeantur. Redit distinctio judiciorum. - In bonae fidei judiciis, ampliationes recipientibus ex bono et aequo, usurae praestantur, quoties de usu pecuniae intercepto alium ab alio indemnem praestari, aequum est. Primo igitur usurae debebuntur, si quis propriam alienae vel communi rei curandae pecuniam impenderit; indemnis enim faciendus est de usu, quem ita perdiderit, *l. 37. h. t.*, etc. - Praeterea magna aequitate placuit, quod si emtor utatur re emta ipsique tradita, fructus exinde percipiens, pretium autem solvere distulerit, usuras hujus solvere debeat; emtorem enim re atque pecunia uti, utroque carere venditorem, iniquum esset, *l. curabit praeses, 5. C. de act. emt.* - Usuras etiam is debet solvere, qui pecuniam alienam, aut communem, aut quam solvere alteri debuisset, ipse foenori dederit, vel aliter in usus suos converterit, *l. 1. § 1. h. t.*, etc.

Denique bonae fidei actionum est, ut usurae ex mora debeantur, de quo paulo fusius loquendum est nobis. Ait Marcianus *l. 32. § 2. h. t.* « In bonae « fidei contractibus ex mora usurae debentur ». Cum usurarum solvendarum debitum non ex primitiva nascatur obligatione contractus, in quo nihil dictum nec forsan cogitatum fuit de ipsis, sed ex bono et aequo, atque ex prudentis judicis aestimatione;

tum non directa actionis, ex contractu natae, virtute, at occasione tantum ipsius usurae petuntur. Nempe, promota ad sortem recipiendam actione, officio judicis inducuntur usurae, *l. 54. pr. locati.* Quare si post moram creditor de sorte satisfactus fuerit ita, ut de ea amplius agere non possit, jam nullo modo usuras consequi poterit, *l. 49. § 1. de act. emt.* Itemque erit ipsi carendum usuris, si judex de sorte judicavit, sed, forsan per oblivionem, nihil de usuris pronuntiavit.

Diversa generaliter judiciorum stricti juris causa est; in his enim ex mora usurae non debentur; quamvis ad restitutionem ejus, quod olim ad actorem pertinuit, intendatur. Non solum *d. l. 32. § 2. h. t.* manifestum hac de re praebet argumentum; sed in condictionem indebiti, atque in condictionem ob turpem causam, usuras non deduci, apertissime rescriptum est, *l. 1. C. de cond. indeb., l. 4. C. de condict. ob turp. caus.* - Sunt tamen quae videntur obstare. Et primo quidem opponitur exemplum de fructibus, quibus usurae comparantur in *l. 34. h. t.;* nam in judiciis stricti juris, ad restitutionem directis, ex. gr. in condictione indebiti, venire fructus, demonstravimus ex *l. 15. pr. de cond. indeb.* Adde Africanum *l. 10. rem pup. salv. fore,* qui de fidejussoribus, pupillo datis a tutore, ait, eos in pupillum et ad fructus,

et ad usuras post tutoris moram teneri: fidejussores autem ex stipulatu tenentur, nempe actione stricti juris. - Quoad Africani textum bene ac subtiliter Cujacius respondet, ibi usurarum debitum agnosci natum intuitu quasi contractus tutelae adversus tutorem. Est enim hoc bonae fidei negotium, unde ex mora usurae a tutore debentur. Natum autem usurarum debitum in loco idoneo, nempe in negotio bonae fidei, transfertur in stipulationem, adversus fidejussores, qui sese ad id, ut salva res pupilli ex integro foret, obligaverunt. Neque valet usurarum cum fructibus comparatio, quam non firmam, perpetuamque esse, supra disseruimus. Haud ita, ut fructuum, certa usurarum generatio est; neque adeo in tuto est, creditorem pecuniam aliam ex usu pecuniae debitae fuisse percepturum; qui servavisset fortasse hanc, aut comparandis adhibuisset rebus infructuosis. Hinc in judicio stricti juris plene restituere videtur ille etiam debitor, qui restituit sine usuris a morae tempore. Nam in stricti juris judiciis extendendis cauti admodum esse debemus; ac facilis est ad solitas rerum regulas reversio.

Renovatur quoad usuras quaestio, quam de fructibus proposuimus; mutetne quid ex earum debito litis contestatio, an ita, uti ante litem contestatam observabatur, in actionibus bonae fidei per-

gant e mora deberi, in actionibus autem stricti juris adhuc non debeantur. - Usurarum, in bonae fidei actionibus ex mora debitarum, litis contestatione adjunctaque novatione, decursum extingui, nonnullorum opinio est. Non ea tamen recipienda; quippe eadem ratione, qua fructuum debito interrumpendo impar ea novatio est, ne decursui quidem usurarum interimendo debet valere. Addenda *l. 1. C. de judic.*, ubi Severus et Antoninus, judicio coepto, usurarum stipulationem peremptam non esse rescribunt; neque ulla ratio est, quod non idem de usuris ex mora debitis repetatur (*c*). - Gravior videtur disputatio circa stricti juris judicia. Voetius, Noodt, aliique, nec post litem contestatam usuras currere arbitrantur, moti praecipue generali denegatione Antonini in *l. 1. C. de cond. ind.*, usuras condictioni indebiti, sine temporum distinctione, recusantis. Martinus, et Jacobus glossatores, Huberus, atque alii, litis contestatione debitum usurarum etiam in stricti juris judiciis incipere, affirmant. Olim negaverat Savigny; inde, mutato consilio, affirmavit, factis tantum quibusdam limitationibus. - Meliorem affirmantium esse sententiam, evincit magna regulae vis, quod post litis contestationem debeat omnis causa praestari, *l. 2. h. t.* Utique enim, actorem

(*c*) Aliud argumentum praestabit infra *l. 35. h. t.*

in pecuniarios usus id, quod petit, fore adhibiturum, in tuto non est, minusque in usuris, quam in fructibus, est certitudinis. Sed magna verisimilitudo adest semper; eaque augetur ex eo, quod creditor litem contestando demonstravit, sua jam interesse revera, debitam obtinere pecuniam. Non audiendus est debitor, qui pervicacia sua necessitatem induxit suscipiendi judicii, jamque moveat quaestionem de usu, quem apud actorem pecunia post litem contestatam habitura fuisset. Accedit textus Pauli *l. 35. h. t.* « Lite contestata, usurae currunt ». Novimus, sententiae contrariae fautores ita Paulum interpretari: Pergunt currere usurae, quae ante litis contestationem debebantur, nempe in judiciis bonae fidei. At haec interpretatio, bona quidem certe atque idonea, nostram non excludit. Ut generali expressione « usurae currunt », Paulus utrumque significet; tum usuras, quae antea debebantur, adhuc decurrere, tum earum, quae non debebantur, decursum incipere. Neque turbat *l. 1. C. de cond. ind.* Tractat Antoninus de incipiendo futuro judicio, atque Mutiano quaerenti indicat, quidnam petere poterit. Solutam indebitam pecuniam peti posse affirmat; denegat usuras, nempe usque ad illud temporis, de quo interrogabatur. Utrum, instituto deinceps ad ipsius praecepta judicio, ac post contestatam litem, usurae deberi inciperent, non tractat Imperator;

neque enim ad propositam quaestionem istud pertinebat.

§ 33. *De juribus atque obligationibus in heredes transferendis, vel non transferendis.*

Successionis hereditariae natura est, ut jura ab auctoribus acquisita, initaeque obligationes, ad heredes, ut prosint ipsis utque noceant, transferantur. Itaque pergunt apud heredes illi obligationum effectus valere, qui jam commissi apud auctores fuerunt, ac novi etiam incipiunt. - Aliquando tamen novos pro heredibus aut contra heredes effectus obligatio non generat, nempe si haec auctorum morte cessaverit; cujusmodi est obligatio, quae ex mandati contractu, quaeve ex contractu societatis nata sit.

Aliquando ne ex illis quidem, qui viventibus auctoribus commissi sunt, obligationis effectibus, actio heredibus datur, aut contra heredes. Hujusmodi sunt actiones *ad vindictam;* poenales illae quidem, et ab aliis poenalibus ex eo distinctae, quod ex laesione personae nascuntur. Unde nomen illud habuerunt: non quasi ultionem, atque irae ex malo alieno satisfactionem, contineant; sed quia in persequendo jure, ad bona spectante, ulteriorem etiam respiciunt finem moralem reparandae

justitiae, in persona actoris violatae (§ 21). Actiones hae, non modo non contra heredes dantur, quod commune ipsis est aliisque poenalibus, sed nec heredibus competunt, mortuo ante litem contestatam eo, qui promovere illas potuisset. Cum enim ex ratione morali, ad personam omnino spectante, concessae sint, ante litem contestatam in bonis esse non videntur. Talis est injuriarum actio, *l. 13. pr. de injur.*; talis actio de dejectis et effusis, qua liber homo laesus in sua persona dicatur, *l. 5. § 5. de his qui effuder.*

Nulla, uti innuimus, actio poenalis datur contra heredes; ex. gr. non competit adversus heredes furis actio furti, *l. 1. pr. de priv. del.*; quia auctorem delicti, dolore poenae mulctandum, uti naturalem personam, persequuntur. Excipiendum tamen semper est, nisi lis cum defuncto fuerit contestata; tunc enim quasi contractus esse coepisset (§ 46), qui novum, patrimonialem omnino, titulum praestitisset obligationis. Optime in *l. 58. de O. et A.* « lites contestatas ... in heredes transire »; non actio poenalis, sed ipsa litis contestatio, transferri videtur (*a*).

Danturne contra heredes actiones ex dolo quidem auctoris natae, sed non ad poenam, at ad indemni-

(*a*) De *l. 33. de O. et A.* vid. Savigny *System. VI. § 257.*

tatem directae? Ab actionibus hujusmodi abest notio poenalis, haeque sunt mere rei persequutoriae; poena enim moralem ordinem, actiones istae patrimonia reparant. Hinc sequitur, ipsas e ratione juris contra heredes fuisse dandas; transit namque ad eos quicquid non naturalem, uti ajunt, sensum respicit, sed patrimonium. Attamen conclusionem talem romani non penitus receperunt. Distinxerunt in hoc articulo duplicem illam actionum ratione doli dandarum methodum, quam nos exposuimus (§ 21). Quando actio daretur, quae jus laesum defenderet, dolo tantum, veluti exercendae illius occasione, considerato; tunc plene contra heredes eam competere, admiserunt; Pompon. *l. 12. de O. et A.*, Ulp. *l. 7. § 1. depos.* « Datur actio depositi in heredem ex dolo « defuncti in solidum. Quamquam enim alias ex « dolo defuncti non solemus teneri, nisi pro ea « parte, quae ad nos pervenit, tamen hic dolus ex « contractu, reique persecutione descendit, etc. » Aliud exemplum in condictione furtiva notavimus (§ 21. fi.). Quod si ex dolo directe actio originem sumeret; tunc ob rei similitudinem, atque originis aequalitatem, actionem ipsam quasi pro poenali habuerunt, neque adversus heredes dederunt, nisi quatenus ex dolo defuncti facti essent locupletiores. Huc spectat actio in factum, quae datur contra eum, qui dolo impediverit, quominus reus in judicio si-

steret, *l. 1. § ult. de eo per quem factum;* actio quod metus causa, *l. 17., l. 19., l. 20. quod met. caus.;* actio de dolo, *l. 26. de dolo.* Atque ita accipiendum est effatum Ulpiani *l. 44. de R. I.* « Totiens in heredem damus actionem de eo, quod « ad eum pervenit, quotiens ex dolo defuncti con- « venitur, non quotiens ex suo. » (*b*). - Mutavit aliquid e jure romano consuetudo posterior, cujus occasio fuit *cap. 5. de raptor.* « heredes... juxta « facultates suas condigne satisfaciant »; receptumque, ut tenerentur heredes omnino, etiamsi ex dolo parum aut nihil in hereditatem pervenisset, modo vires hereditariae sufficerent.

De mixtis actionibus, quae indemnitatem simul persequuntur ac poenam, facilius romani tenuerunt, heredes non in solidum teneri. Exemplo sit actio

(*b*) Expositae distinctioni non obstat *§ 1. I. de perp. et temp. act.* « Aliquando tamen etiam *ex contractu actio* contra heredem non compe- « tit: veluti, cum testator dolose versatus sit, et ad heredem ejus nihil « ex eo dolo pervenit ». Qua paragrapho ductus est Theophilus eo, ut exemplum faceret actionis depositi, contra apertos textus *l. 7. § 1. depos., l. 12. de O. et A.* Intelligi debet Imperator de illis actionibus, quae ex dolo directe dantur, licet nascantur occasione contractus. Ex. gr. de actione doli, quae interdum occasione contractus datur. Item de tributoria, ex dolo data malo tribuentis; cujus quidem occasio fuit praecedens contractus, ipsa tamen nova est, et ex doloso facto eruta directe; adeoque contra heredes nonnisi in id quod ad eos pervenit datur, *l. 7. § 5. de trib. act.*

legis Aquiliae : qua indemnitatem quidem petimus, at poenali, ut ita dicam, mensura, scilicet quanti plurimi in anno, vel triginta diebus proximis, occisum animal resve corrupta valuisset. Pro variis accedentibus rationibus, modo pro rei persequutoria, modo pro poenali habetur. Quod enim cum aliis poenalibus, ex. gr. cum actione injuriarum, cumulari possit, *l. 5. § 1., l. 23. § 9. ad l. Aquil.*, neque bis idem peti ita videatur, pro rei persequutoria censetur. Item pro rei persequutoria, quatenus concurrit quidem cum actionibus aliis rei persequutoriis, cum actione commodati, pigneratitia, locati, sed consumit eas; hisque consumitur, excepto eo quod in ipsa magis est, *l. 18. ad l. Aquil.*, *l. 34. fi. de O. et A.* : idem namque peti videtur. E converso contra plures damni illati reos actio legis Aquiliae repetitur, ne quis eorum evadat impunis, *l. 11. § 2. ad l. Aquil.* ; atque eatenus pro poenali habetur. Denique, quod nostrae indaginis est, contra heredes non datur, *§ 9. I. de l. Aquil.*, nisi forte ex damno illato facti sint locupletiores, *l. 23. § 8. ad l. Aquil.*

CAPUT V.

DE OBLIGATIONIBUS QUAE ALIAS OBLIGATIONES CONFIRMANT.

Personalem obligationem firmandae obligationi alterius induci, *intercessio* est: non ea quidem, quam privativam dicunt *(expromissio)*, ubi novus veteri debitor substituitur; at cumulativa, ubi debitori debitor additur. In fidejussione, in constituto debiti alieni, in mandato quod qualificatum vocant, hujusmodi intercessio obtinet. De fidejussione primum.

§ 34. *Fidejussio.*

Quidnam *fidejussionis* nomine venit, quibusnam addi potest obligationibus? - Utebantur romani veteres *sponsione*. « Idem dari spondes? », tum *fidepromissione* « Idem fidepromittis? ». Harum tamen usum leges constringebant magnopere. Solis addi posse obligationibus verborum; non ad heredes eorum, qui ita obligarentur, transire; biennio liberari sponsores ac fidepromissores ex lege Furia; ex lege Cornelia vetari eos pro eodem, apud eumdem, eodem anno, in ampliorem summam quam XX

milium sestertium obligari, *Gaj. III. §§ 119. seqq.* - Restrictiones hujusmodi, interdum incommodae, in causa fuerunt, cur liberior intercedendi forma introduci, adhiberi passim, denique praevalere coeperit; nempe *fidejussio* « Idem fide tua esse ju- « bes? », quae quidem limitibus illis universis est dissoluta.

Principalis certe, cui fidejussio addatur, obligatio sit oportet: neque enim sine principali suo accessorium esse potest, non sine eo, quod firmetur, concipitur firmamentum. Cujus tamen naturae ea sit, haud refert; sufficit vel obligatio mere naturalis, *l. 1., l. 25. h. t.* et passim. Etiamsi, uti videbimus, fidejussor, in duriorem causam accipi nequeat; non idcirco male acceptum quis dixerit quod obligationi naturali, civiliter obligatus ipse, adjiciatur: vinculum enim quod in fidejussione sit latius reprobant jura nostra, non autem quod firmius: non *durius* quidem, utique *arctius*, fidejussoris esse posse ligamen, egregie pronunciant Interpretes. - Item non praesenti tantum, verum etiam futurae obligationi, accedere fidejussor potest. « Fidejubes de eo quod credidero? »; quae tamen non tam vera fidejussio est, quam fidejussionis destinatio, arg. *l. pen. quae res pign.* (*a*).

(*a*) Magnum haec observatio in pignoribus et hypothecis, de futura obligatione datis, habet momentum; quando, superadditis aliis, de tem-

Attamen ex post facto contingere potest, fidejussionem aliquando subsistere, quamquam principalis obligatio aut omnino inefficax evadat, aut etiam vere extinguatur. Exceptiones plures, quae reo principali competunt, non ad fidejussorem pertinere videbimus; inefficacem obligationem principalis, obligationem fidejussoris validam. - Aliquando fidejussioni substinendae obligationis principalis abstracta quaedam conceptio, persona obligata deficiente, sufficit. Moritur debitor sine herede; pergit stare fidejussio, *l. 95. § 1. in fi. de solutionib.* - Quo quidem recepto, progressum est adhuc. In mora constituto fidejussore, moritur qui debebatur servus; reus principalis, cujus nulla mora est, liberatur; fidejussionem concidere juris principia suadent; substineri imo suadet aequitas. Neque enim, quae daretur adversus fidejussorem illum, *actio doli* erat in promptu; quandoquidem non dolo ejus occisum servum supponimus. Vetus ex fidejussione actio data, nempe ex stipulatu *utilis*, *l. 49. pr. de V. O.* - Mitiore jurisprudentia, factum fuisse arbitror, ut idem jus diceretur, si quando fidejussor dolo malo debitam rem peremisset, ac rursus prin-

pore deque praestantia quaeritur. Denegata illis praestantia est, *l. 1. § 1.*, *l. 11. pr. qui potiores.* Facile haec fragmenta composueris cum *l. 9. § 1. 2.*, *l. 11. § 1. eod. tit.;* modo memineris, obligationes conditionales esse obligationes veras, licet incertas (§ 14).

cipalis debitor ita liberatus fuisset. Vere enim in tali specie, quin regulae juris perturbarentur, poterat *actio doli* adhiberi, quam revera Neratius et Julianus suggerebant, *l. 19. de dolo malo.* At Papinianus, rei aequitate motus, allato exemplo mortui sine herede debitoris, ex stipulatu actionem, quasi fidejussione perseverante, concessit, *d. l. 95. § 1. de solut.* Adjecit calculum suum Paulus *l. 88. de V. O.* Denique actionem ex stipulatu dari, receptum est, non directam eam quidem at utilem, *l. 32. § 5. de usuris* (*b*). - Istis, quos enumeravimus, inspectis casibus, aliisque praesertim quoad pignora non dissimilibus (§ 26. not. c), pronunciavit Paulus *l. 178. de R. I.* « cum principalis causa non « consistat, *plerumque* ne ea quidem, quae sequun- « tur, locum habere ».

Praeterea diversa esse debet, quae principaliter obligetur, persona, a persona fidejussoris. Non quod repugnet, duplici obligationis vinculo obligari creditori suo debitorem; sed quod diversitatem personarum ipsa intercedendi notio desideret. Verum ex post facto in eamdem personam et principalem et fidejussoriam obligationem concurrere, fieri quandoque potest. Scilicet si remissior principalis obli-

(*b*) Diverse Cujacius *ed. neap. I. 1196. E.;* diverse Voet ad *tit. de dolo malo n. 15.*, Glossam sequutus.

gatio esset, fidejussoria firmior, ex. gr. obligationi naturali fidejussor datus fuisset; et forte aut debitor fidejussori suo, aut debitori fidejussor heres factus fuerit. Non per confusionem fidejussoris obligatio tollitur; substinetur imo, ne creditori fiat amittendae melioris obligationis injuria, *l. 21. § 2. vers. quod si, h. t.* - Contra praevalet confusionis ratio, fidejussio subvertitur, si levior obligatio fidejussionis fuisset, aut aequalis principali; *l. 93. § 2. de solut.*, ubi negatio « *non* confunditur obligatio » egregie tollitur ab Haloandro, et transfertur ad superiorem *§ 1.* in qua omnino desideratur. - De hac quaestione tractat Papinianus speciem in difficili *leg. 95. § 3. de solut.* Explicemus, quin correctrices manus apponamus textui.

Erat obligatus minor, qui creditam acceperat pecuniam; hanc tamen perperam consumpserat. Accesserat fidejussor simpliciter, non speciali contemplatione ut creditorem tutum periculo in integrum restitutionis faceret, « accessit sine contemplatione « juris praetorii ». Fit jam heres mortuo minori fidejussor. Quaesitum ex Papiniano, an fidejussoria subsisteret obligatio. Affirmandum esset, si fidejussor, qua talis, in integrum restitutione uti nequivisset, quae principali viventi competebat; validior enim accessoriae obligationis fuisset causa; ratio

fuisset, cur regulae de confusionibus auferrentur. Idque ita aliquibus forte placebat: in ipso, tum herede tum fidejussore, utramque obligationem perseverare. At Papiniano diversa sententia fuit. Siquidem, ceu inferius demonstrabimus (§ 36), quando minorum obligationi fidejussor adjungatur simpliciter, non adamussim ut periculo in integrum restitutionis eximatur creditor, non intuitu juris praetorii; beneficium restitutionis principali competentis fidejussori quoque ipsi prodest. Non ergo erat in specie securior seu validior fidejussoria obligatio; non erat aequitas in medio, ex qua a regula confusionis esset deflectendum; « non potest dici non « tolli obligationem fidejussoris ». Itaque subjicit rem concludens Papinianus « difficile est dicere causam juris honorarii, quae potuit auxilio minori « esse, retinere fidejussoris obligationem, quae principalis fuit, et cui fidejussoris accessit sine con- « templatione juris praetorii. » Nempe: difficile est dicere, respectu in integrum restitutionis, quae principali competebat, retineri tum obligationem fidejussoris, quasi ea auxilio restitutionis destituta, validior et quodammodo principalis sit, tum aliam cui fidejussoris obligatio accessit, vere principalem. Nam revera fidejussori, qui accesserat sine contemplatione juris praetorii, competit idem auxilium; non validior est, est confundenda obligatio fidejussoria.

Atque ita per plura exempla demonstratum est, saepe ea quae fidejussioni constituendae obstarent initio, non officere si supervenerint. Uti saepe in jure nostro facilius est retinere et servare, quam acquirere et constituere (c).

§ 35. *Fidejussio (Continuatio) - De objecto fidejussionis.*

In diversum, quam quod in obligatione principali fuerit, objectum capi fidejussorem non posse, haud posse eum de summa graviore intercedere, posse autem in minorem summam dari; ex ipsa accessoriae obligationis notione fluit, *Gaj. III. 126.*, *§ 5. I. h. t.* - Quibus regulis quam rigide haeserint romani, plura in fontibus nostris testimonia perdocent. - Nullam objecti mutationem passi sunt in fidejussionibus, etiamsi objectum subinductum ad objectum aliud obligationis principalis aliquo modo referri posset. Decem credideram; accepi eum qui de ea pecunia tot tritici modios de fide sua esse jussit; non obligari fidejussorem respondit Javolenus *l. 42. h. t.*

(c) Quod etiam in casibus, quibus per debitoris principalis successionem fidejussori suo, obligatio fidejussoris utpote non gravior extinguitur, pignora tamen, quae fuerant a fidejussore data, consistant; ad eadem principia referendum est, *l. 38. § 5. de solut.*

Praeterea ne simplex quidem obligandi modus variari in fidejussione potest, si durior exinde fidejussoris causa fieret: adeo, ut ne redigendam quidem ad justum obligationis principalis modum fidejussionem esse romani voluerint, at fidejussorem *omnino non obligari, l. 8. § 7. h. t.* Quo in fragmento legi mavult Haloander *non omnino obligari,* quod rem bene diversam significaret, nempe aliquo modo obligari. At lectionem hanc, quae nullam fere praeter libros Basilicorum habet auctoritatem, librorum optimorum fides convellit, et posterior nostra singulorum casuum expositio penitus expunget. - Si obligatus sub conditione debitor esset, in diem aut pure accederet fidejussor, iste « non obligabitur » *l. 16. § 2. h. t.* Sunt ex Interpretibus, qui non substineri fidejussionem eo modo quo facta fuit, utique tamen appicta conditione obligationis principalis valere debere, putant. Obstant abscissa Juliani verba « non obligabitur fidejussor ». Repugnat stipulationis indoles, qua acceptus fidejussor fuerat; neque enim infarciri stipulatio poterat iis quae verbo non inducta, imo aperte exclusa fuissent.

Item si in diem obligatio foret, fidejussio autem in citeriorem diem aut pure concipiatur; bene Accursius notavit, fidejussionem prorsus nullam esse. Clarum ex Juliano *l. 16. § 5. h. t.* argumentum est. In diem erat obligatio principalis; fide-

jussio addita fuit sub conditione, quae deinde ante diem illam impleta est. Habemus jam fidejussionem puram erga principalem obligationem in diem. Julianus non aptat huic illam; sed omnino de fidejussore ait « non obligetur ».

Simile est, quod si purae simplicique obligationi addatur fidejussor certi loci praescriptione districtus; aut obligationi locum determinatum habenti adjiciatur fidejussor loco incommodiore alligatus, « non obligabitur fidejussor » *l. 16. § 1. 2. h. t.*

Denique si quis Stichum stipulatus fuerit, fidejussorem ita acceperit: Stichum aut decem, non obligari fidejussorem, Julianus ait *l. 8. § 8. h. t.* Etsi enim eorum, qui alternatim debent, levior in eo, quod electionem habere soleant, conditio esse videatur; gravior longe est, quia non alterutrius rei peremptione liberantur (§ 25) ; et in casu futurum est, ut mortuo Sticho fidejussor teneretur (*a*).

E converso si obligationis simplex modus in fidejussoris levamen mutetur, fidejussio uti gesta est servatur, quoniam in leviorem causam accipi fidejussor potest. Ex. gr. si fidejussioni dies aut conditio imponatur, quae in pura principali obligatione deesset.

(*a*) Bene tamen notabat Marcellus, in aliam obligationem, potiusquam in duriorem, fidejussorem fuisse acceptum ; quandoquidem decem illa omnino novum objectum efficiebant. Justo exemplo adnotationis Marcelli veritas demonstratur in fine *dict. § 8.*

Item si a reo Stichum aut Pamphilum, a fidejussore Stichum solum interrogem: etsi enim sublatum fidejussori electionis beneficium fuerit, magis relevatur ex eo, quod, mortuo Sticho, liberari possit, *l. 34. h. t.* - A fortiori valebit fidejussio si reus Stichum et Pamphilum promisisset, fidejussor de Sticho aut Pamphilo intercessisset; satius enim est alterutrum debere, quam utrumque, *l. 8. § 11. h. t.*

Circa objectum fidejussionis gravior prae ceteris quaestio est, utrum accepto fidejussore in summam illa majorem, quam debeat reus, auferatur excessus, et summae ad paritatem redigantur, an omnino uti in casibus superius enucleatis fidejussio cadat. Dubitandi ratio ex eo est, quod illis quidem in casibus gravatae per conditionem diemve detractam, additumque locum, fidejussionis; non sine mutata inscite stipulationis forma fidejussio ad obligationem principalem redigi poterat: at in gravamine pecuniae majoris corrigi fidejussio salva stipulatione potuisset. Promissis enim centum a fidejussore, qui pro debitore quinquaginta nummorum intercessit, 50 + 50 promissa ab eo fuisse facile intelligi potest; nec, re ad 50 redacta, stipulationis verba desererentur. - Antiquorum de evertenda penitus in tali etiam casu fidejussione sententiam, quam posteriores, Vinnio paucisque aliis exceptis, dereliquerant, hodie recipiunt frequenter. Eaque placet.

Grave dubio procul id est, quod nuper de minore summa, quae majore contineatur, disputabamus. Grave quod adjungitur ex Ulpiano *l. 1. § 4. de V. O.* « si me viginti interrogante, tu decem respondeas, « obligatio nisi in decem non erit contracta: licet « enim oportet congruere summam, attamen ma« nifestissimum est, viginti et decem inesse » (*b*). - Verum etsi fateri debeamus verborum obstaculum redigendae fidejussioni non adfuturum, deterret tamen a redactione facienda, servandaque fidejussione, severum illud Juliani principium *l. 8. § 7. h. t.*, universos, qui pro aliis obligantur, in duriorem causam adhibitos omnino non obligari; certe autem fidejussor in quaestione nostra adhibitus fuit in causam duriorem. Idque non sine respectu majoris summae a fidejussore promissae dictum fuisse, indicat succedens oratio Juliani, qui, continuo de acceptis in leviorem causam fidejussoribus tractans, primum de summa minore affert exemplum. - Vidimus qua frequentia, quanto rigore fidejussiones in graviorem causam acceptae dejiciantur: exempla singillatim accepta replicationem habere possent, at simul sumpta, romani juris quae hac in re severitas fuerit, adeo declarant, ut favorem insolitum in quaestionem nostram inducere non audeamus.

(*b*) Non obstant Ulpiano Gaj. *III. 102.*, Imp. *§ 5. I. de inutil. stipul.*, qui eamdem ipsam dicunt inutilem stipulationem. *Inutilem* accipe non fir-

§ 36. *Fidejussio* (*Continuatio*) - *De effectibus fidejussionis.*

Duplex fidejussionum effectus est: erga creditorem, apud quem intercessit fidejussor; erga debitorem, pro quo intercessit. Loquendum primo de relationibus, quae fidejussorem inter ac creditorem ex fidejussione generantur.

Certe de debito ita, uti promisit, solvendo fidejussor creditori tenetur. - De hoc plures, qui dati, forte fuerint, fidejussores obligantur in solidum. Plures enim fidejussores accepit idcirco creditor, ut securior sibi cautio pararetur; id autem non assequeretur, imo incommoditate non levi implicaretur, si adversus singulos persecutionem suam partiri cogeretur, *l. 3. C. h. t.* Tantae plurium fidejussorum obligationi quaenam mitiore aetate data moderatio fuerit, indicabimus inferius.

Neque tantum de sorte debiti, verum etiam de accessionibus universis tenetur fidejussor; veluti de indemnitate praestanda ex non impleta a debitore

mam ita, uti firmae sunt plena congruitate factae stipulationes. In ea enim facile disputabitur de voluntate et consensu, quum saepe viginti nobis promitti velimus, decem recusemus. Ulpianus vero, uti patet ex integra *l. 1. de V. O.*, in *§ 4.* solam de verborum potestate quaestionem exponit; quoad verba, vitium esse in stipulatione negat.

principali obligatione, deque omnibus morae, a debitore ipso initae, effectibus : nisi expressa conventione vinculum proprium cohibere fidejussor, quando accessit, providit, et ad certam summam obligationem propriam compescuit, *l. 24. § 1. de usuris*, *l. 91. § 4. de V. O.* Qui enim absolute datus, atque in omnem causam, fuerit, plenam indemnitatem sese praestiturum, promisisse censetur, *l. 54. pr. locati.* - Verum non eousque fidejussoris obligationem protrahere debemus, ut ad rem fidejussioni vere extraneam portendamus. Credidit quidam pecuniam suam, accepit fidejussorem, accepit separatim pignus ulterioris securitatis causa ; non, si in pignore contrahendo deceptus fuerit, actione pignoratitia contraria fidejussorem onerare poterit, qui pro pecunia mutua fidem suam obligaverat, non autem pro pignore separatim dato, *l. 54. h. t.* - Item si occasione rei, intercedente ab initio fidejussore, gestae, is, qui principaliter obligatur, maleficium subito patraverit, cujus causa distinctis actionibus ipse teneatur ad poenam; non hac poena, quae extra rem gestam revera vagatur, tenebitur fidejussor, *l. 68. pr. h. t.*

. Elegantem, quae ad postremam hanc regulam pertinet, speciem exhibet Paulus *l. ult. h. t.* Judicialis procurator (vere procurator, non cognitor) rei vindicationem exercuit. Quum *condemnatio* in

formula ad procuratoris personam converteretur, adeoque sententiae, sive condemnatoriae hae sive absolutoriae essent, de ipso procuratore conciperentur; periculum erat, ne, victo forsitan procuratore, mandans deinde, quem sententia rei conventi absolutoria non tetigerat, instauraret judicium. Propterea procurator agens cavit ratam rem dominum habiturum, datis nimirum fidejussoribus, qui tenerentur reo convento, si dominus rem ratam non haberet, litemque renovaret, *Gaj. IV. 98.* Victus abiit eo judicio procurator: reversusque dominus iterum eadem de re agitavit. Ait Paulus reum conventum, qui fidejussores a procuratore acceperat, noluisse revertenti domino possessionem restituere, et ideo magno condemnatum fuisse; de hac graviore condemnatione fidejussores non teneri « hoc enim non « debet imputari fidejussoribus, quod ille propter « suam poenam praestitit ». Ecquid est, quod de non restituta possessione, de magna condemnatione ac poena, loquitur jurisconsultus? Scilicet dominus qui, victo jam procuratore, reversus est, non rei vindicatione expertus est, sed (uti suadet Gajus *l. 24. de R. V.*) maluit instituere interdictum recuperandae possessionis. - Novimus ex Gajo *comm. IV. § 162. seqq.*, et Ulpian. *fragm. vindob.*, *fr. I: 1. 2.*, interdictis restitutoriis et exhibitoriis commune fuisse, quod, si reus non se subjecisset decreto Praetoris,

et res ad judicium esset ferenda, modo sine periculo, modo cum periculo litigabatur. Sine periculo, si is, quocum agitur, antequam ex jure exiret a Praetore postulavisset arbitrum, qui tunc a Praetore dabatur cum formula *arbitraria*. Cum periculo, si arbiter ita petitus non esset, et is, cum quo agitur, tacitus exiisset de jure. Tunc enim is ab actore provocabatur *sponsione*, tantam pecuniam dari si amisisset litem; quae quidem sponsio mere poenalis erat, atque, amissa lite, praeter rem principaliter deductam pecunia ex illa petebatur. Vicissim adversarius sponsionem ab actore restipulabatur. - In specie Pauli reus, quum se decreto Praetoris non subjecisset, possessionem non restituisset, neque arbitrum uti par erat petivisset, cum sponsionis periculo litigavit. Porro devictus, magno condemnatus est; nam praeter damnum litis principalis summas in sponsione contentas solvere debuit poenae nomine. Quaerebatur, an solutae poenae refectionem petere posset adversus fidejussores, quos olim procurator dederat in cautione ratam rem haberi. Negavit Paulus. Siquidem obligatio talis excederet fidejussionem. Cautum enim ei a fidejussoribus fuerat de damnis quae redeuntis domini lis renovata generaret necessario; non id actum, ut in tuto poneretur a poenis, quas occasione renovatae litis te-

meritas ipsius accidentaliter provocaret, quasi jam posset peccare securus, arg. *l. 70. § 5. h. t.*

Videamus quomodo fidejussor ab hac erga creditorem suscepta obligatione liberari queat. Liberatur autem vel ipso jure, vel ope exceptionis. - Ipso jure solvitur fidejussio resoluta obligatione pricipali, exceptis iis quos supra retulimus (§ 34) extraordinariis casibus. Sive per solutionem a debitore, ab ipso fidejussore, a tertia persona factam, sive per compensationem, sive per acceptilationem, etc. - Item de jure antejustinianeo, lite contestata legitimo judicio cum reo principali, fidejussor liberabatur, *Paul. sent. II. 17. 15., l. 28. C. h. t.*: uti etiam, electo fidejussore, liberabatur principalis, *d. l. 28. C. h. t.*, electo uno ex fidejussoribus, alii liberabantur, *ibid.* Dubitandi rationem facit, quod non liberaretur, electo principali, mandator, Paul. *loc. cit.;* neque electo mandatore, principalis, *l. 60. pr. mandati,* neque electo uno ex mandatoribus, alius, *l. 52. § ult. h. t.* Cur tam varie? Mandator enim (ut aliqua praecipiamus ex illis, quae in propria de mandatoribus tractatione exponenda forent) similis est fidejussori, quoniam debito alieno et ipse intercedit. Est enim is, qui mandat, ut quis negotium cum alio faciat, Titio credat pecuniam, de fide sua; isque, negotio revera facto, obligatur in mandatarium suum, quem ad contrahendum impulerat. *Man-*

datorem leges dicunt (*a*); mandatum ipsum *qualificatum* appellant Interpretes. Denique mandator intercedit pro eo, quocum mandatarius nomine proprio contracturus est, apud mandatarium ipsum. Hinc solidalis plurium mandatorum obligatio est, uti plurium fidejussorum; cessat vinculum mandatoris soluta obligatione, ex contractu demandato nata; beneficiis ipsis, quibus fidejussores utuntur, gaudet. In tanta mandatorum ac fidejussorum paritate, cur adeo in effectibus contestatae litis se parantur? Resp: Par eorum conditio est, quia utrique alienae intercedunt obligationi; idcirco par in illis juris articulis, quae ex intrinseca intercessionis natura necessario fluunt. At bene distincta est inter utrosque intercedendi methodus. Fidejussorum accessoria omnino obligatio est, qui succedunt obligationi alterius; non ita mandatorum, quippe quorum obligatio obligationem principalis praecedere solet, certe nunquam ipsi succedit, uti ex descriptione, quam dedimus, patet. Neque accessoriam plene obligationem dixeris, quae existere ante aliam possit. Quo fit, ut si mandator solverit mandatario, non idcirco liberetur reus principalis obligatione contractus sui, *l. 95. § 10. de solut.;* dum solutio a fidejussore

(*a*) Etsi aliquando cujuslibet mandati auctori nomen hoc mandatoris detur.

facta solvit ex integro omnium obligationes. Adeo mandatoris obligationem ab obligatione principali separamus. - Itaque nil mirum, si aliam in fidejussoribus, aliam in mandatoribus litis contestatio habeat efficaciam. Juncta prorsus fidejussoris cum reo principali causa est ad invicem; juncta idcirco causa plurium fidejussorum, uti fit, duo, quae juncta sunt uni tertio, conjungi inter se: lite cum uno contestata, facta in legitimo judicio novatione, alii liberantur. Junctio talis in mandatorum casu deficiens diversum jus suasit. Ceterum quod lite contestata cum fidejussore aut cum reo principali, rei principalis aut fidejussoris obligatio solveretur, non plene conveniebat singulari judicialis, quam vocant, novationis naturae (§ 46). Non mirum hinc, si a jure tali facile recederetur in casu mandatorum. - Haec fuit origo admissae liberationis per litis contestationem quoad fidejussores. Quod jus diu valuit. Receptum tantum est, posse contrahentes providere conventionibus propriis, ne per simplicem litis contestationem liberatio ullius contingeret. Denique mos in legem translatus est a Justiniano, qui *d. l. 28. C. h. t.* jus de fidejussoribus juri jam de mandatoribus recepto, quoad vim litis contestationis, aequiparavit.

Fidejussor praeterea potest per exceptionem liberari. Disputatum est, utrum eas exceptiones op-

ponere possit creditori, quas debitor principalis objicere eidem potuisset. Si de illis exceptionibus agatur, quae personales dicuntur, quoniam personae debitoris exclusive cohaerent, fidejussor adhibere eas absurde tentaret. Hinc si debitor pactus de non petendo fuerit ita, ut suam tantum taxative personam eximeret praestatione, exceptio pacti conventi fidejussori ejus certe numquam proderit, *l. 22. de pactis.* Neque potest fidejussor uti exceptione jurisjurandi, si id actum inter creditorem ac debitorem fuisset, ut non de ipso contractu et re, sed de sola jurantis persona juraretur, *l. 28. § 1. de jurejur. sive volunt.* Item competentiae beneficio, quod debitori aliquando competit ex causa mere personali, puta ex conjunctione sanguinis, affinitatis, vel matrimonii cum creditore suo, fidejussor uti non potest, *l. 7. pr. de except.* (*b*).

Quod si de exceptionibus non personalibus, sed rei et contractui cohaerentibus, agatur, distinguendum est. Plurimae sunt exceptiones , quae dantur quando obligatio principalis aequitate ac jure gentium prorsus destituatur (doli mali , quod metus causa , etc.); tunc fidejussoris etiam obligatio ae-

(*b*) Observant tamen Huberus, Vinnius aliique, jure Novellarum beneficio ordinis introducto, posse per indirectum fidejussores ex personalibus debitoris exceptionibus utilitatem capere.

quitate ac jure gentium caret; *inanis obligatio* principalis adjectionem efficacem habere non potest: ad excipiendum fidejussor admittitur, *l. 7. § 1. de except.* (*c*). Hujusmodi est etiam exceptio S. Cti Vellejani, quae naturali obligatione relevat certe feminas intercedentes, quasi negotiis hujusmodi penitus ineptas (§ 26. not. c): unde si mulier intercedendo pro aliis dederit etiam de obligatione sua fidejussorem, exceptionem huic dari, statutum est in *l. 16. § 1. ad S. C. Vellejan.* - Haec ita, nisi quae obstet specialis regula juris civilis; cujusmodi est, ne per conventionem a libera persona factam jura acquirantur alteri. Quare si habitum debitorem inter et creditorem fuerit pactum de non solvendo, etiamsi non de persona dumtaxat debitoris sit conceptum sed ad liberandos quoque fidejussores directum, exceptione pacti sese defendere nequeunt fidejussores, obstante regula illa speciali, nisi aliae considerationes suppetant, quae regulae applicationem excludant. Solet fidejussoribus, si ad solvendum adigantur, actio competere, qua, ut reficiantur, compellunt principalem suum. Interfuit igitur debitoris, quando paciscebatur, ut pacti vir-

(*c*) Quoniam amplissima est classis exceptionum istarum, generaliter dixit Marcianus *l. 19. de exceptionib.*, omnes exceptiones, quae reo competunt, fidejussori quoque competere.

tus ad suos fidejussores traheretur, ne forte solverent ac denique adversus se reverterentur. Quando igitur pactum non personale composuit ita, ut et ad fidejussores spectare posset, non alienam rem egit, sed suam: facit limitatio dictae regulae juris civilis; posse quem convenire pro aliis, quando sub aliorum figura suum reapse curet patrimonium. - At si fidejussores donandi animo accessissent, regressum non habituri adversus principales suos, regula explicat vim suam, pactum debitoris ad fidejussores non producitur, *l. 32. de pactis.* (*d*).

(*d*) Inteliigitur jam ratio dispntandi qnae sit in *l. ult. de pactis.* Pactum de non soivendo inter debitorem ac creditorem habitum fuerat; proderat etiam fidejussori, qni non donandi animo accesserat, scil. quia ei prodesse ipsins debitoris intererat. Porro paciscitur denuo debitor ut liceat creditori petere. An utiiitas prioris pacti snblata esset fidejussori, quaesitum est. Dubitandi causa erat in eo, quod jam debitoris, qui peti pactus erat, interesse cessavisset fidejussorem non soivere, deesse coepisset ratio, qua primum pactum ad fidejussoris favorem extendebatur. *Verius* tamen esse visum est Furio Anthiano, pacti exceptionem semei fidejussori qnalibet ratione quaesitam, non posso uiterius ei invito extorqneri. - Forsan Panius, qui in *l. 21. § ult.* et *l. 32. de pactis* diligenter notaverat rationem, qna fidejussori pactum primnm de non solvendo juvaret, iis, qni de secundo pacto nt fidejussori noceret sentiebant, assentiebatnr, *l. 27. § 2. vers. eadem, de pactis.* - Triboniano certe arrisit Anthiani sententia, qnam distincto ioco refert in *d. l. ult.:* atque incisum Pauli, nti est in Pand. relatum, potest adjectis circumstantiis facti accommodari Anthiano. Variis probabiiibus conjecturis Cujacius, Pacius, Vinnins, Maynz interpretationes optimas praestant.

Sunt e converso exceptiones quaedam, quae non jus gentium defendunt, sed eas potius juris civilis dispositiones, quae ex justa ordinis publici ratione effectus civiles obligationi detraxerint, relicta tamen obligatione naturali (§ 26). Quum obligationi naturali adjecta fidejussio plenam, uti demonstravimus (§ 34), habeat efficaciam; exceptiones hujusmodi fidejussoribus generaliter tribuere non possumus, *l. 60. h. t.* Quare si obligationi, quae temporis praescriptionem passa fuerit, fidejussor accedat, penitus obligari eum, neque exceptione uti posse, melior sententia est: maxime quia idcirco accessisse videatur, ut a praescriptionis passae damnis securum faceret creditorem (*e*). - Cavendum tamen ne

(*e*) Favet sententiae huic, licet prima facie obstare videatur, *l. 37. h. t.* Singularis de errore circumstantia, in qua figit Paulus decidendi rationem, manifeste fidejussorem obligatum concludit, quando error in medio non fuisset. - Magnae circa *l. 18. § 1. ff. de pec. const.* agitantur disputationes. Tractatur casus, quo constitutorio pacto debitor firmavisset debitum suum, antequam praescriptio actionis principalis compleretur. Julianus putat, subsistere constitutum, expleta licet deinde praescriptione ea, data ratione « quoniam eo tempore constituit, quo erat obligatio, licet « in id tempus quo non tenebatur ». Arguunt adversarii: Ergo non substitisset si dari coepisset expleta praescriptione. - Resp: Monstrat id, argumentorum *a contrario* periculum. Ulpianus, uti solent I. Cti. non omnes regulas in fragmento recensebat, quae ad rem facere possent, sed varios modo a Celso modo a Juliano tractatos referebat casus. Postremum illum exponens, Juliani responsum et claram in specie rationem exhibet: nondum expleta praescriptione, obligatio stabat in efficaciae plenitudine sua, tenebatur pror-

per denegatam fidejussori exceptionem fraudes parentur legibus providissimis. Pertinet ad hoc exceptionum caput exceptio S. Cti Macedoniani. Senatus tum familiarum tum morum sanctitati expedire censuit, ne repeti ex filiisfam. mutuo data pecunia posset. Dato a filiisfam. fidejussori si exceptionem denegaremus, singulari providentiae Senatus circulus fieret; nam per mandati contrariam actionem a fidejussore ad solvendum adacto compellerentur filiifamilias, denique pecunia exigeretur ab iis, et universa Senatusconsulti moles corrueret. Idcirco Ulpianus, data adamussim ratione regressus, per exceptionem hanc etiam fidejussori et mandatori filiifamilias succurri ait *l. 9. § 3. de S. C. Maced.* Excipit Ulp., nisi donandi animo accesserit fidejussor non regressurus; tunc seponitur fraudis S. Cto faciendae discrimen, redit ratio subsistentis naturalis obligationis, fidejussoris obligationi accessoriae non succurritur.

Quaeritur: Datus est a minore vigintiquinque annis, obligationem ineunte, fidejussor. An benefi-

sus debitor. Hoc uno contentus fuit satis perspicuo argumento. Non ideo putandum, secus Julianum, et Ulp. fuisse responsuros, si casus fuisset de praescriptione jam expleta propositus; affirmavissent immo validitatem constituti, accepta ex alio capite ratione, perseverantis nimirum naturalis obligationis. - Haec ita: nisi quis malit cum Savigny conjicere tractatam ibi a Juliano fuisse speciem quae ad legem Furiam pertineret, vitiatumque fuisse a Triboniano fragmentum, *System. V. § 251.*

cium in integrum restitutionis, principali competens, juvabit ipsi quoque fidejussori? Pugnare videntur textus: affirmat ex. gr. *l. 95. § 3. de solut.*, quam exposui (§ 34), negat *l. 1. C. de fidejuss. minor.* - Quod mirum videtur, eadem ipsa *l. 95. § 3.* quae fidejussori beneficium largitur, in integrum restitutionem propriae minoribus personalisque defensionis nomine designat, quo fidejussor excludendus esse potius videbatur quam admittendus, juxta ea quae de personalibus exceptionibus supra disseruimus. - Videamus an et quatenus in integrum restitutio promissa minoribus, personale istis beneficium sit. Ratione levitatis minorum, quorum fragile est atque infirmum consilium, beneficium in integrum restitutionis concessum a Praetore fuit, *l. 1. pr. de minor.* Ea quidem simpliciter considerata ratione, erat cur admitterentur fidejussores; naturalem enim Edictum praeseferebat causam, obligationem minorum quasi justo expertem consilio rescindebat. Faciebat regula superius exposita de defensionibus aequitatis ratione concessis, quae fidejussores etiam attingant; exemplum est in exceptione Vellejani. - Verum alio intuitu beneficium illud minoribus proprium omnino ac personale dici potest. Scilicet quatenus jurisprudentia proclivis fuit, ut stricte Edictum, succurrens minoribus, interpretaretur adeo, ut non facile deberet ad majores, minorum obliga-

tioni forte commixtos, pervenire beneficium. Quare prudentes patribusfamilias, qui ex contractu filiorumfamilias suorum, aetate minorum, actione quod jussu sive de peculio tenerentur, non modo negaverunt, quod beneficium in integrum restitutionis possent ipsi priores opponere, sed etiam quod beneficio jam a minoribus suis impetrato uti, et ad suam etiam adjectitiam obligationem trahere valerent, *l. 3. § 4. de minorib.* Hoc sub aspectu jurisconsultus in *d. l. 95. § 3. de solut.* propriam ac personalem minorum defensionem appellat. - Verum etiamsi jurisprudentia inclinaret, ut strictius acciperet Edictum; haud tamen ideo credendum est, oblitam eam fuisse, naturale contractuum a minore gestorum vitium in causa Edicti proponendi fuisse. Suas temperate restrictiones adhibuit. Arcuerat juste beneficio Edicti patres minorum, actione quod jussu sive de peculio compulsos; tum quia gravamen harum actionum facile utilitatibus universis, quas ex contractibus filiorum accipiunt, rependeretur; tum quia aut jubendo, aut concedendo peculium, contractuum a filiis gestorum in causa fuissent, modo plus modo minus directa. At ecce constitutum saepissime est, in integrum restitutionem heredibus minorum esse concedendam, *l. 6. de in int. restit.*; nec concessa fuisset, si propria omnino ac penitus personalis fuisset minoribus. - De fidejussoribus co-

gitatum est, non debere eos omnino ad beneficium admitti exemplo heredum; nec enim ipsi repraesentant principales suos, uti heredes repraesentant suos auctores: sed neque esse omnino repellendos exemplo patrumfamilias, quandoquidem nullum ipsi ex contractibus principalium suorum emolumentum capiunt; intercedentes gratuito multum favoris merentur. Media quaedam circa fidejussores electa via est.

Siquidem nondum minor principalis debitor impetravisset restitutionem, displicuit uti ea posse fidejussorem; praevaluit restringendi proclivitas, ne restitutione, quae minoribus aperta fuerat, alius antea, quam minor ipse, frueretur. Id facile erumpit ex *l. 3. § 4. de minor.*, collato *vers. sed an* cum praecedente Ulpiani sermone. Eodemque spectat pars prior *leg. 2. C. de fidejuss. minor.* - Exceptum fuisse puto casum, quo minor non re tantum laesus, sed etiam circumductus esset fraude ejus, cum quo contraxerat, et cui dederat fidejussorem. Nimis enim patebat obligationis naturalis defectus, nimis erat inanis obligatio, quam ut remedio excludi fidejussores possent. Textum invoco in *d. l. 2. C. de fidejuss. minor.* juncto Paulo *l. 7. § 1. vers. idem dicitur, de exceptionib.* Etenim antequam diceret Paulus, quod si minor simpliciter re deceptus seu laesus sit. non possit fidejussor adhibere auxilium ante restitutum

minorem (*f*); in praecedenti *vers. idem* admittit omnino fidejussorem, qui accesserit pro minore vigintiquinque annis circumducto (*g*).

Quod si minor ipse jam impetraverit restitutionem suam « auxilium... solet *interdum* fide« jussori ejus prodesse » *d. l. 3. § 4. de minor.* Considerata fuit obligationis principalis plena resolutio, fautum est bonae fidejussorum causae, *l. 7. § 1. in fi. de except.*, *l. 95. § 3. de solut.* - Exceptum tamen est, si forte fidejussor in id adamussim, ut securus adversus in integrum restitutionem creditor fieret, intercessisset, contemplatione nimirum juris praetorii: ratione aequitatis manifestissima restrictionem non insuetam revocante, excluditur beneficio fidejussor implicite quidem a Papiniano *d. l. 95. § 3. de solut.*, aperte ab Ulp. *l. 13. de minor.*, et a Paulo *sent. I. 9. 6.*

§ 37. *Fidejussio - De effectibus fidejussionis (Continuatio).*

Praeter eas, quas cum principali suo communes defensiones habet fidejussor, adhibere potest etiam

(*f*) Sanior haec *vers. quod si* interpretatio esse videtur.

(*g*) Sunt qui *vers. idem* accipiunt de exceptione *legis Plaetoriae*, quae jam ante Edictum Praetoris consuluerat minoribus circumventis. Aegre assentirer, quoniam aetate Pauli legis illius usus non erat.

propriae. Tria sunt beneficia fidejussorum, quae veniunt nominibus beneficii *ordinis* seu *excussionis, divisionis, cedendarum actionum*. Brevibus de notissimo articulo.

Jure antejustinianeo liberum erat arbitrio creditoris vel principalem reum vel fidejussorem eligere conveniendum, *l. 3. C. h. t.* - Attamen de arbitrariis electionibus regulae paullatim temperari coeperunt. Exemplum in magistratibus tutores dantibus, qui nonnisi in subsidium conveniri possunt; tum in creditoribus habentibus et generalis et specialis pignoris jus, qui, donec in bonis speciatim obligatis possunt salva habere credita sua, nequeunt ad alia prosilire, quae generali hypotheca devinciuntur. Justinianus *Nov. 4. c. 1.* statuit in fidejussoribus ordinem esse servandum, ut prius principalis reus excuteretur, neque ad fidejussores deveniretur, antequam ille non solvendo esse deprehensus fuisset. Tale est beneficium, quod dicimus *ordinis, excussionis.*

De beneficio *divisionis.* Variis temporibus latae leges, quibus plurium simul intercedentium obligationes minuerentur. Lex Apuleia induxit quamdam societatem inter plures datos sive sponsores sive fidepromissores ita, ut communio damni inter ipsos induceretur. *Gaj. III. 122.* Lex Furia, tantum in Italia valens, divisit recta obligationem eo-

rumdem ita, ut singuli viriles partes deberent, *Gaj. III. 121.* - Neutra lex respiciebat fidejussores, qui proinde in solidum obligati manebant. Subvenit ipsis Hadrianus epistola sua, qua factum est, unumquemque e pluribus fidejussoribus de integro compulsum desiderare posse, ut actio dividatur inter se atque alios, qui solvendo sint tempore contestatae litis, Gaj. *ibid.*

Denique si fidejussor uti nequeat beneficio excussionis, ex. gr. quia nuncium miserit, nec possit adhibere aliud ordinis, ex. gr. quia tempore litis contestatae alii fidejussores solvendo non sunt; restat remedium ut creditor suas ei, quas ex credito habet, actiones mandet; *beneficium cedendarum actionum.* Obtenta cessione, adversus principalem debitorem, adversus confidejussores, factus in rem suam procurator poterit experiri, ut de eo quod pro ipsis solvit reficiatur.

Belle quaeritur, qualenam sit faciendae cessionis hujus tempus idoneum. An, solutione jam a fidejussore facta, cedi adhuc ipsi possint actiones ab eo, qui fuit creditor. Idque negandum esse in genere, vel ipsa demonstrat conceptio quaestionis; qui enim creditor non est amplius, nullis potitur, quas cedere queat, actionibus. - Utique prius ab Antonino Pio in casu venditae hereditatis cedendas actiones continentis constitutum est, atque inde pas-

sim in casibus etiam diversis receptum; ut is, cui jus esset alium cogendi ad cedendas sibi actiones, utiliter experiri posset easdem, etiam cessione non habita, perinde ac si cessio facta fuisset. Idque placuit, ut cedendi imposita per leges necessitas plene ac tuto observaretur. Verum non idcirco quaestio nostra inanis efficitur. Quoniam haec etiam jurisprudentia supponit existentiam actionis, quae utiliter exerceri possit. Quare actio utilis locum habet in his tantum casibus, in quibus jus ad cessionem obtinendam nascatur tempore a peremptione actionis distincto; veluti in casibus venditae hereditatis, in qua adsint cedendae actiones, aut venditae actionis. Quando enim unum idemque sit obtinendae cessionis ac perimendae actionis tempus, uti vere contingit in nostro casu de fidejussoribus, actio utilis non concipitur. Nam non haec ante tempus solutionis promoveri posset, quia nondum jus cogendi ad cessionem existeret, quod actionis utilis exercitium necessario comitatur. Neque eadem posset post factam solutionem exerceri, quia nulla superesset actio utiliter adhibenda. Restat, ut eo, quo solutio fit, momento cessio perficienda curetur: qua obtenta, cessarum actionum usus inde patebit, non autem utilium, quae in defectum cessionis sunt introductae.

Datam quaestioni responsionem firmat *l. 39. h. t.* Et de casu unius e pluribus tutoribus, qui cessionem actionum sibi fieri curaverat ex intervallo, facta prius integri ejus, quod ex causa tutelae debebatur, solutione; nihil ea cessione actum esse, probat *l. 76. de solut.* (a).

Obstaculo est *l. 36. h. t.* « Cum is, qui et reum, « et fidejussores habens, ab uno ex fidejussoribus « accepta pecunia praestat actiones: poterit qui- « dem dici nullas jam esse, cum suum perceperit, « et perceptione omnes liberati sunt; sed non ita « est ». Uti etiam in illo casu solventis unius e duobus tutoribus, utilem actionem ipsi adversus contutorem dandam, etiamsi cessionem solvendi tempore non habuisset, saepe rescriptum est, *l. 1. § 13. de tut. et ration. distr.* - Neque omittenda *l. 57. de l. 1.* Dederat pignori debitor rem suam; inde moriens per fideicommissum reliquit eamdem, sciens quidem eam obligatam esse, at nolens liberandae ejus onus ad heredes suos pertinere. Igitur fideicommissaria res ab heredibus danda est ita uti est pignori nexa: idque unum fideicommissario ipsi restat remedium, ut si forte hypothecaria compulsus creditori solvat, cedi sibi curet personales actiones,

(a) Add. *l. 20. § 1. de tutelae et ration. distr.* « si non judicium a « curatoribus factum est ».

quibus inde adversus heredes experiatur, ne hi jactura sua lucrum propriae liberationis capiant. Ait Ulpianus, cessionem quidem esse faciendam quo tempore creditores agunt hypothecaria: at subjicit « quod quamquam suo tempore non fecerit, tamen « per jurisdictionem Praesidis provinciae id ei prae« stabitur ». Atque ut difficultati, ex fragmentis positae, addam rationes; si actionum cessio, etiam perfecta solutione, non admittatur, nonne illae etiam, quae solutionis tempore factae essent, cessiones infirmae itidem evaderent? nam, expleta vix solutione, creditum peremptum, actio extincta, cessio quoque ipsa sublata foret, paritate rationis.

Resp. Postremae difficultati per considerationem subtilem Papinianus occurrit *l. 21. de tut. et rat. distr.*, solutione facta post cessionem obtentam, non tam satisfieri veteri debito, quam nominis pretium solvi. Scilicet quando cessio fit, emtio quaedam et venditio nominis fingitur a jure nostro, ad hoc, ut solutio sequens ipsam non perimat. Nam, fictione illa ad hunc effectum introducta; quod inde solvitur quasi ad implendam emtionem, dandumque pretium actionis emtae refertur, non autem actionis ipsius tollendae ac perimendae causa dari censetur. Concinunt Imperatores *l. 14. C. de fidejuss.* « facta « nominis *redemptione*, solutio celebrata est, vo« bisque mandatae sunt actiones ».

Hoc posito, receptum quoque est, post solutionem fieri adhuc posse cessionem actionis, si antea conventum de cedendo, fictaque illa emtio, ac venditio nominis perfecta fuisset. Nam etiam in hoc casu, solutio, quae conventioni succedit, ad hanc refertur, et pretii potius dandi, quam antiqui crediti causa facta videtur. Idque revera traditum est in supra citata *l. 76. de solut.* « quod si ante so- « lutionem hoc factum est; vel cum convenisset, « ut mandarentur actiones, tunc solutio facta es- « set, mandatum subsecutum est: salvas esse man- « datas actiones: cum novissimo quoque casu pre- « tium magis mandatarum actionum solutum, quam « actio, quae fuit, perempta videatur ». Et huc referenda est objecta *l. 36. de fidejuss.:* quod patet ex verbis, quae priora illa supra relata excipiunt « non enim in solutum accipit, sed quo- « dammodo nomen debitoris vendidit, et ideo ha- « bet actiones, quia tenetur ad id ipsum, ut prae- « stet actiones. » At si tempore solvendi neque facta cessio, neque de ea saltem conventum sit, valet regula superius exposita, cessione posteriore nihil agi; quoniam solutio simpliciter facta creditori, hujus nomen prorsus extinxit. *L. 1. § 13. de tut. et ration.* non de utili actione intelligi debet, quae occasione faciendae cessionis aliquando conceditur, sed potius de utili actione negotiorum ge-

storum, omnino diversa, atque separata a quaestione praesenti. De ea vide (§ 22. not. d).

Denique in *l. 57. de l. 1.* actio, quae post solutionem perfectam, cedenda adhuc per jurisdictionem Praesidis supererat, non ea ipsa erat cujus causa solutum fuerat, sed alia. Solverat enim creditori fideicommissarius actione hypothecaria compulsus; desiderabat autem mandari sibi actionem personalem. Nimirum quando creditor, hypothecariam exercens adversus tertium possessorem, litis aestimationem, quae exaequet forte creditum suum, accipit ab isto, non vere crediti nomine recipit; hinc ipso jure actionem personalem conservat, eam potest exercere, et solum, ne bis ex eadem causa pecuniam consequatur, repellitur doli mali exceptione. Hanc adhuc existentem ex justa causa cedere debebit. Eam ille, cui juste cessa fuerit, efficaciter promovebit (*b*).

(*b*) Aliquando etiam si tempore cedendi actiones omnino non supersint, ob aequitatem singularem admittitur cessionis validitas; nempe si habendae cessionis aequitas existere incipiat, quando actiones reapse jam extinctae fuerunt: exemplum in *l. 38. de eviction.* Imo ex aequitate maxima admissa alicubi cessio est, etiamsi actio vere numquam a cedente exerceri potuerit, *l. 14. pr. mand.:* creditur existere actio ad hunc effectum, ut praestetur atque mandetur. - Ut aequitas cessionum concedendarum ad regulas juris civilis, quae interdum obstabant, accommodari posset, multa a jurisconsultis ficta, multa subtiliter excogitata sunt.

§ 38. *Fidejussio - De effectibus fidejussionis (Continuatio).*

Diximus de effectibus fidejussionis relate ad creditorem ; restat ut loquamur de effectibus erga debitorem principalem.

Si fidejussor donandi animo accesserit, et solvat, debitorem principalem non habet de refectione obligatum. Neque habet, si nomine tenus et figura fidejussor fuit, vere tamen intervenit rei suae, negotium agens quod ad ipsum revera pertinuit. - Hisce aliisque satis vulgatis casibus exceptis, fidejussori, qui solverit , ad repetendam pecuniam est adversus debitorem actio, sive ea ipsa, quam forte cesserit ei creditor; sive *mandati contraria,* quando e mandato debitoris fidem suam interposuerit ; sive *negotiorum gestorum,* quando ultro intercesserit. Ex lege Publilia sponsores propriam habuerunt actionem *depensi* uberiorem, erat enim in duplum, *Gaj. III. 127.*, et, vigentibus legis actionibus, *manus injectio* ex ea aliquando dabatur, *Gaj. IV. 22.*

Quandonam incipiet fidejussor posse agere? In genere quando damnum passus sit datae creditori pecuniae. Verum si lata adversus fidejussorem fuerit a judice sententia, jam ipse ad agendum admissus est; adeo proxima, adeo secura solutio imminet con-

demnatum, *l. 38. § 1. mandati*, *l. 6. C. eod.* (*a*). - Aliquando agere adversus reum fidejussor potest, etiam ante quam solverit damnatusve fuerit, ad hoc ut injusto jam aut nimio fidejussionis periculo liberetur per solutionem a reo creditori faciendam. Scilicet si conventum esset, debitorem intra certum tempus soluturum, atque ita fidejussorem consecuturum esse liberationem suam, *l. 10. C. mandati.* Item si bona sua dissipare incipiat debitor, *l. 38. § 1. mand.*, *l. 10. Cod. mand.*: sique diu in solutione cessaverit, longum scil. labi tempus sinat, quin de solvendo, liberandoque tandem fidejussore cogitaverit, *d. l. 38. § 1. mand.*

Creditor fidejussori debitum et actionem remittit acceptilatione donàtionis causa: liberatur ita fidejussor; atque ipse quoque principalis debitor liberatur, eodem modo quo liberaretur per solutionem factam a fidejussore, *l. 13. § 7. de acceptil.* Quaeritur, an possit fidejussor regredi adversus reum ac si solvisset. Ut negemus, ratio est quod revera nihil de pecunia sua fidejussor dederit, nullam in patrimonio minutionem tulerit, de qua sit reficiendus. Textus adjici possunt in *l. 28. § 2. locati*, ubi conductori, cui locator non fecit conducendae

(*a*) In hoc consistit ratio componendi *leg. 11. mandati* cum *leg. 21. § ult. h. t.*

domus potestatem, actio ad indemnitatem denegatur, si gratuitam ab alio habuisset habitationem ; tum in *l. 57. § 1. de evictionib.*, ubi Gajus emtori rei alienae actionem de evictione recusat, quia dominus, priusquam abduceret rem vel auferret, donaverat hanc illi aut legaverat. - Attamen in proxima specie tertiae personae quae, ut fidejussori donaret, pro eo solverit creditori, habere fidejussorem mandati actionem, fatetur Marcellus, referente Ulpiano *l. 12. § 1. mandati*; concinit Paulus *l. 26. § 3. eod. tit.* - Denique, ne ullius formae responsa desint, distinguit Ulp. *l. 10. § 13.*, *l. 12. pr. mand.*, ut, actione remissa *remunerandi causa* mandati agere possit fidejussor, secus remissa actione *principaliter donando*. - Sunt qui putant, inspiciendum esse, quonam animo remissionem actionis creditor fidejussori fecisset; eone ut ipsi fidejussori auctam rem vellet, an eo ut potius per fidejussorem beneficium remearet ad debitorem principalem; in primo casu dari regressum fidejussori, denegari in altero. Quod Ulp. de remuneratione fidejussoris locum necne habuerit inquirendum velit, explicandum ita esse, quod exinde character applicandae distinctioni illi sumatur: remuneratio si appareat, largitum fidejussori fuisse credi debere; si absit, collatam fuisse potius donationem in principalem reum. Verum (ut libere loquar) probabilis distin-

ctio non videtur. Nec enim vero potest simile videri, creditorem ullum esse, qui destinatum reo principali beneficium conferat per obliquam liberati fidejussoris viam, quod effusiore veluti animo, tramite recto, posset per liberationem rei ipsius inferre.

Rem ita potius explicandam reor. Si remissionem a creditore factam fidejussori accurate ac studiose perpendere velimus, duabus rationibus fieri eam potuisse judicabimus. Aut tam determinata erat in creditore ac generalis alicujus in fidejussorem beneficii conferendi voluntas, ut, si ea remittendae actionis occasio defuisset, aliter donavisset, dedisset pecuniam: aut fuit solum misericordia fidejussoriae obligationis, qua motus ad benefaciendum creditor fuit, extra occasionem eam nihil donaturus. Utrum fuerit, ex circumstantiis facti per probabilitates conjicere debemus; neque enim melius de eo, quod homo prae liberalitate sua facturus esset, judicare possumus. Donandi causae existunt aliquando extrinsecae, independentes a facto fidejussionis; puta fidejussor negotia creditoris gesserat, absentis familiam curaverat, bene de eo meruerat ita, ut creditor sese ad remunerandum devictum experiretur: hunc credimus omnino fuisse donaturum. Facilius; quando probabilitatem augeat actus natura, quo remissio debiti facta fuerit; veluti si per mortis causa donationem, aut legatum: tum quia ultimarum dispo-

sitionum ea indoles est, ut bene de nobis meritos remuneremur, tum quia ampliorem in illis exercemus liberalitatem. Si nulla talis causa remuneratoria adfuit; si mera nudaque liberalitas, et remissum debitum « principaliter donando » appareat; non est unde donationem, praeter fidejussionis occasionem et pietatem liberandi fidejussoris, conjiciamus. - Quod si causa donandi, ita uti descripsimus, independens a fidejussione probetur, juste dabimus fidejussori liberato regressum adversus principalem suum; illum enim ex causa fidejussionis, quae gratuita ac digna pleni favoris est, probabile lucrum deperdere, suaque merita in debitoris emolumentum absumere, periniquum foret. Maxime si mortis causa accepto tulisset creditor, eamve liberationem legavisset, *l. 10. § 13., l. 12. pr. mand.* De rerum adjunctis similibus accipe vicinas illas species *leg. 12. § 1., leg. 26. § 3. eod. tit.*; ubi verba a jurisconsultis expressa « si quis donaturus fidejussori » « si is qui fidejussori donare vult », firmam ac generalem benefaciendi determinationem significant. - Quod si nulla extrinseca liberalitatis causa ostendatur, regredi fidejussor non debebit, quandoquidem ne probabilitas quidem amissi lucri demonstratur, ac fidejussio eadem generandae, eadem absumendae liberalitatis ratio fuit, *dd. l. 10. § 13., l. 12. pr. mand.*

Sedulo ita in piissima fidejussorum causa distinctum est. At in aliis negotiis, ad quae non gratuito devenimus, non favorem idcirco non pietatem meriti, de lucris mere probabilibus actio nemini est adversus eum, a quo indemnis faciendus sit (§ 30). Quare si creditori, cui damnum non servati contractus immineat, occurrat tertia persona, quae donet aut leget id ipsum, quod a debitore expectabatur; probabilitatum deperditi emolumenti calculum non instituimus; in eo consistimus, quod minutio patrimonii non obtigerit; indemnitatis quaestionem fieri denegamus, *l. 28. § 2. locati, l. 57. § 1. de evictionib.*

Vidimus quando regredi possit fidejussor adversus principalem suum. Paribus rationibus decidendum est de quaestione circa objectum per actionem mandati, seu negotiorum gestorum, petendum. Scil. id, quod fidejussionis ratione necessario amisit, fidejussor plene reciperabit; non si quid praeterea facto, culpa, dolove suo perdiderit. Habebit sortem, habebit usuras creditori solutas, usuras perditas pecuniae suae, quam occupatam retrahere debuit, ut solveret, usuras pecuniae, quam conquirere ac foenori accipere debuit, arg. *l. 12. § 9. mandati.* - At si creditori dare potuisset id quod minus erat, dare meliorem rem maluit; solvere potuisset, promisso genere, frumentum deterius, dedit optimum;

quod largiri voluit non repetet. Neque si creditori in diem solverit ante tempus, diem praevertere actione sua poterit; expectare debebit diem, quo solvere oportuit, *l. 31. h. t.* Eadem de omni damno, quod fidejussor vitare potuerit, at noluerit vel neglexerit, facile dicentur.

§ 39. *De pecunia constituta.*

Quod firmandis pactis, quibus anterius creditum religaretur, Edicto suo Praetor incubuerit; datae actionis *constitutoriae*, seu *de pecunia constituta*, seu *de constituto*, origo et fundamentum fuit (§ 4). - Debitum erat; superadditur pactum de solvendo eodem, sive cum ipso debitore, sive cum tertia persona conventum. Pacto, uti ajunt, geminato inclinat, ut det actionem, Praetor. Timide tamen actioni novae inducendae accedit Magistratus. Non cuilibet de quacumque re habito pacto subvenit, sed solum si de pecunia numerata vel de alia re fungibili conceptum fuerit. - Praeterea nonnisi pacto dies solutioni faciendae certus additus esset, auxilium dedit Praetor actionis suae. Motus eo, quod dies solutioni praefixa validiorem debiti agnitionem significaret; excitatus praeterea exemplo actionis *receptitiae*, quae jam civili jure dabatur contra argentarios, qui faciendam die certo solutionem pro-

misissent, *l. 2. C. de constit. pecun.* Theoph. *paraphr. ad Institut.* - Hinc verba Edicti non ita, uti de more, abscissa (judicium dabo), sed conditione quadam cohibita « si appareat, eum qui constituit, ne- « que solvere, neque fecisse, neque per actorem stetit, « quominus fieret quod constitutum est » *l. 16. § 2. h. t.* Quae naturalis consequentia erat datae actionis solis iis, quae diem continuissent, conventionibus; ubi expectandum necessario est, ex inutili termini lapsu apparere moram debitoris, neque antea potest promoveri judicium. Hinc etiam nomen actio ipsa constitutoria coepit. Etenim *constituere* latinis est condicere futuram diem, qua aliquid fieri debeat. Sic apud Juvenalem de Numae atque Egeriae conventu dicitur « nocturnae Numa « constituebat amicae » : et Tacitus, de Germanis narrans, quod non per luces at per noctes tempora computarent, subjicit « sic constituunt, sic con- « dicunt ».

Actionis constitutoriae limites jurisprudentia primum remisit. Si pactum de eo, quod jam deberetur, repetitum esset, at dies addita non inveniretur, vere actio praetoria non fecisset: nam Praetor solis, uti diximus, pactis die fixa munitis actionem tribuerat; neque antea dabat, quam constitisset promittentem sponte non solvisse, *d. l. 16. § 2.* Temporis lapsum necessario supponebat, quo tale

experimentum perficeretur, amovebat conventiones puras, unde statim petere creditor posset. Tamen interpretatione fori factum est, ut beneficium actionis ad pacta pura et simplicia traheretur. Ut experimento a Praetore volito satisfieret, statui decem dies, numerandos a convento pacto, prudentes censuerunt; intra quos agi nequiret, et inspiceretur, an reus ultro solvere vellet, *l. 21. § 1. eod. tit.* (*a*). - Denique Justinianus *d. l. 2. C. de constit. pecun.* actionis constitutoriae usum, efficacia receptitiae actionis cumulata, ad quaelibet promissa, etiam non fungibilia, produxit.

Dixi constitutorium pactum vel cum ipso qui jam debebat, vel cum tertia persona posse componi; quae scil. promittat illud ipsum, quod alius debet, sese soluturam. Vocant primum *constitutum debiti proprii*, alterum autem *constitutum debiti alieni.*

(*a*) Numerus decem dierum non raro designatus est, quando tractaretur de experiendo, an quis satisfacere vellet officio suo. Ita contumacee in judiciis per trina edicta vocabantur, interjecto singulis dierum denorum spatio, *l. 69. de judiciis.* Ex Plutarcho novimus, reis capitalium criminum decem dies ad causam defendendam fuisse datos.

Actionem constitutoriam multum observationis meritam fuisse argumento est Gaj. *IV. 171.* Quum enim in certis actionibus observatione dignioribus sponsiones adhiberentur, ne temere litigaretur, sponsio admissa est in actione nostra; imo usque ad partem dimidiam constitutas pecuniae, dum in condictione certi ex mutuo nonnisi partis tertiae pecuniae creditae sponsio permittebatur.

Propius ad secundum tractatio nostra pertinet; continet enim intercedendi genus.

Quod debitum principale esse debeat; cujus tamen naturae illud sit, non referat; quod plures alienum debitum constituentes obligentur in solidum; quod hi beneficiis ordinis, divisionis, cedendarum actionum utantur; par constitutae pecuniae ac fidejussionis indoles est. - Separantur forma, quoniam pacto constituimus, fidejubemus stipulatione; ideoque is qui constituerit, actione pacti praetorii, is qui fidejusserit, civiliter ex stipulatu tenetur. - Separantur praeterea in eo, quod constitutum accessoriam quidem obligationem contineat, neque substantialiter excedere possit debitum principale; at neque ita ut in fidejussione, rigorose fines servare debet istius, neque graves adeo sunt excessuum effectus. - Si obligatio esset de pecunia, constitutum frumentum ejusdem pretii fuerit; non modo hoc non cadit, uti caderet similis fidejussio, sed ne corrigitur quidem, atque ita, uti gestum est, substinetur, quasi de re ad pecuniam omnino in pacto relata, *l. 1. § 5. h. tit.* Item servatur constitutum, si die citeriore, quam quae in principali obligatione esset, constitutum sit, *l. 4. eod.*; nec enim dies ex obligationum intrinseco valore mutant, sive ulteriores sint sive citeriores. Ex eadem ratione stat plene

constitutum, si diversus solvendi locus additus fuit, ac esset in debito principali, *l. 5. pr. h. t.*

Quod si major pecuniae vis in constituto veniat prae debita, si novum aliud superaddatur obligationis objectum, tenere quidem excessus istos non possumus, non tamen constitutum universum vitiatum dicimus, quod in fidejussione diceremus; cohibitum ad justam quantitatem, ad conveniens objectum, constitutum valet, *l. 11. § ult., l. 12. h. t.* - Pariter appositum conditionali obligationi constitutum purum aut in diem, non ita quidem, uti gestum fuit, observamus, verus namque excessus est in aucto obligationis valore; excessum tollimus, eadem conditione suspendimus, ita substinemus, *l. 19. pr. eod. tit.*

§ 40. *De mandatoribus. - De consultoribus.*

De mandatoribus, iis nimirum, qui *mandatum*, uti ajunt, *qualificatum* dederint, satis dixi, quando de fidejussoribus per litis contestationem liberandis tractabam (§ 36). Videamus potius, quonam discrimine mandatum a *consilio* separetur; quid consilium sit; quas in consulente generet obligationes tam erga ipsum, qui accepit consilium, quam erga tertios, si damnum e re per consilium gesta manaverit.

Erga illum, cui datum consilium est ac male cessit, consiliarius *ex contractu* non obligatur; quia nulla ex consilio nascitur obligatio juridica, sine qua contractus notio ipsa deficit. Consilium enim est opinio pandita circa rei utilitatem; liberrimam relinquit aliis faciendi aut non faciendi facultatem « liberum est cuique apud se explorare an expe« diat sibi consilium » *l. 2. § ult. mand.* - At mandatum est praecipiendi jubendique genus, obligationem infert, contractus est, de malis effectibus obligat mandatorem actione contraria mandati.

Ut in facti speciebus a mandato consilium distinguamus, valde cavendum est, neque verba attendenda, sed quid actum fuerit. Quare non modo consilium merum est ejus, qui dixerit: Consulo, puto, opinor; verum etiam ejus, qui dixerit: Mando; si tale objectum sit, quod manifestet, nullum tali voce contineri praeceptum. - *Mando ut cuivis credas.* Praecipiendi causa nulla esse potest: non ut meum compendium curem, quia de me non loquor; non ut tertii alicujus rem (*a*), quia neminem memoro. Restat desiderium, ut ipsius mandatarii pecunia collocetur, restat mandatum in gratiam solius mandatarii, quod vere mandatum, con-

(*a*) Vidimus (§ 12), quomodo possit contractus in alienum compendium fieri.

tractus, obligandi causa, non est: obligationes enim institutae sunt de iis, quae displicere possint, non de iis ad quae satis natura sumus inclinati. - Quamobrem ei, cui mandatum hujusmodi datum sit, plena libertas manet; consilium denique est latens sub verbis mandati. Ergo non is, qui verba illa pronuntiavit, ex contractu tenebitur, si consilium receptum, creditaque pecunia deperdita fuerit, *l. 6. § 5. mand., § 6. I. de mand.* (*b*). - Refert Gajus *III. 156.*, disputatum fuisse, mandatumne an consilium dicendum hoc esset: *Mando ut Titio credas.* Placere sententiam Sabini, quod mandatum esset. Revera praecipiendi ratio ibi agnoscitur, scil. ut Titio utile negotium componatur (not. a): non est, cur a verbis mandatum exprimentibus desciscamus ad consilium latens. Hinc mandatoris obligatio, de qua suo loco tractavimus, ut mandatarius indemnis praestetur (*c*).

Probavimus consulentem non obligari ex contractu posse. An *ex delicto* tenebitur, si fraudolenter

(*b*) Paragraphus haec Instit. composita est ex fragmento Gaji *lib. 2. rer. quotidianar. sive aureor.* in *l. 2. § 6. mand.*, et ex parte *§ 156. comm. III.* Gaji ipsius. Lacunae, quibus hiabat Gaji paragraphus, implentur paragrapho justinianea.

(*c*) Huc spectant postrema verba Ulpiani *d. l. 6. § 5. mand.* « si non « esses facturus nisi ego mandassem, et si mea non interfuit, tamen erit « mandati actio ».

malum praebuisset consilium? Certum est, semper teneri eos qui fraude sua causam damno alieno dederint. Tenebitur itaque consultor, si fraude consilium dederit; et praeterea, consilio suo, causa damni fuerit. Non autem obligabitur, si de fraude non constet. - Neque si fraus probetur quidem, at is qui consilium accepit jam ad faciendum proprio marte esset fortasse determinatus. An autem is, qui accepit consilium, satis jam esset contrahendo dispositus, e signo externo intelligere debemus, neque enim possumus de internis judicare. Qui quaesivit ac recepit consilium nudum, nudam opinionem, monstrat se jam satis dispositum; nullum certe argumentum est, non eum contracturum fuisse, si amicum, quem consuleret, non habuisset; non de malis rei gestae effectibus obligare possumus consiliarium licet fraudolosum, dum non constat, causam contractus ex ipso fluxisse. Contra si aliquid aliud praestitum fuerit praeter consilium nudum; veluti si consultor facta narraverit ei, qui consulebat, ignota, efficacem persuasionem addiderit, activam denique operam movendae voluntati adhibuerit. - Textus est Ulpiani *l. 47. de R. I.* « consilii non fraudolenti « nulla obligatio est » (hoc est, quod supra demonstravimus, ex contractu obligationem non existere) « ceterum si dolus et calliditas intercessit, « de dolo actio competit ». Fraudem et callidita-

tem memorat Ulpianus: accipe de calliditate ac fraude efficaci, uti exposuimus. Exempla habes in *l. 7. § ult., l. 8. de dolo malo, l. 2. de proxen.* Fraude consilium de contrahendo consultor dederat; praeterea narrando suaserat « idoneum esse eum cui « mutua pecunia dabatur », laudaverat nomen: utrumque extremum adest cur de dolo actio detur, idcirco datur ab Ulpiano et Gajo.

Satis de consilii obligatione erga ipsum qui consuluit; videamus an consulens teneatur erga tertios eo, de quo consilium datum fuit, actu laesos injuria. De delicto furti notissima quaestio est. Furtum perpesso duas datas actiones novimus, actionem furti poenalem, condictionem furtivam rei persequutoriam: poteritne is actionibus talibus contra eum, qui consilium ad furandum dederat, experiri? Videamus primum quid de juris ratione respondendum sit; textus adhibebimus inde. - De poenali actione furti distinguamus. Si solum nudumque praestitum fuerit consilium, poena consulens non obligabitur. Neque enim dolus poenis devincit homines, nisi causam damno dederit: nudum autem consilium non causam delicto dedisse existimari potest, iisdem rationibus, quibus non contractui dare demonstravimus. Secus, si consilium non simplex fuerit, sed munitum adeo, ut in eo causa damni ac delicti agnosci queat. Tenebitur actione furti is, qui

turpi consilio efficacem persuasionem atque instructionem adjecerit, ostenderit puta quomodo aedes furtim penetrari possint, aut ubi commodius possit spoliari viator. - Maxime vero si media etiam ad furtum patrandum directa ministraverit; nummos excusserit ut subripiantur ab alio; persuaserit servo fugam ut ab alio raperetur; scalas fenestris supposuerit, aut fenestras ipsas effregerit vel ostium, ut alius furtum faceret; ferramenta ad effringendum commodaverit. Praestitis enim mediis hujusmodi, sola haec puniendi ratio est, etsi distincte consilium expressum non fuisset.

Haec ita de actione poenali furti. Quidnam de condictione furtiva dicendum ratio suadet? Ea non actio est ex delicto; sed nascitur ex obligatione restituendae domino rei injuste detentae (§ 1. 21). Non ergo ea potest ille teneri qui, qualecumque denique consilium vel maxime efficax ac munitum praebuerit, nihil contrectavit, numquam tenuit neque tenet rem quam restituat domino.

Jam ad fragmenta nostra. Intricata magis ea, quam ut possint probe intelligi, nisi praeponamus brevem de technicis romanorum vocibus hac de re notitiam. Quod consilium simplex nudumque fuerit ita exprimitur « *tantum consilium* dedit » *§ 11. I. de oblig. quae ex del.* - Consilium cum persuasione atque instructione « *consilium* » dicitur sine

illa adjectione « tantum », *l. 50. § 3. de furtis* (*d*). - Denique mediorum suppeditatio, quae uti diximus ad poenam obligat sive expresse adjecto consilio sive non, vocatur *opes, l. 50. § 3. de furtis,* et varie interventus ipsius exprimitur: ita « *ope* « *et consilio* ejus furtum admitti » *§ 11. I. de obl. quae ex del.;* aut ita « *ope consilio* furtum factum » *l. 36. pr., l. 50. § 1. de furtis;* aut ita simpliciter « *ope* Maevii Titius furtum fecerit » *§ 11. I. de obl. quae ex del.*

Justinianus *§ 11. I. de obl. quae ex delicto* ait, dari actionem furti adversus eum, cujus *ope et consilio,* seu cujus *ope* furtum admissum fuisset; non autem adversus eum, qui praebuisset *consilium tantum.* Convenienter omnino praefatis principiis.

Ulpianus *l. 6. de cond. furtiva* respondet, actione furti teneri eum, cujus *ope consiliove* furtum factum sit: sufficit ergo, auctore Ulp., *opes* (mediorum suppeditatio), sufficit *consilium* (consilium cum persuasione atque instructione) ad hoc ut actioni furti sit locus. Quae etiam conveniunt principiis nostris (*e*). Atque eadem Claudii Saturnini sententia est *l. 16. de poenis,* teneri eos, qui suadendo juverint (consilium suadens, instruens).

(*d*) In *l. 16. pr. de poenis* exprimitur ita « suadendo juvisse »

(*e*) Vide etiam *l. 11. § 2. de servo corrupto, l. 52. § 19. de furtis.*

Ulp. *ibid.* firmat, condictione furtiva non teneri eum, cujus vel *ope* vel *consilio* furtum factum fuerit. Concordat rursus regulae nostrae.

Paulus est, qui in *l. 53. § 2. de V. S.* obstaculum facere videtur. Tractat in toto fragmento Paulus de casibus, quibus legis alicujus vel Edicti auctor, ut significet quando lex vel Edictum habiturum sit applicationem, plura simul extrema cumulat locutione sua. Disputat Jurisconsultus, an extrema hujusmodi *pro disjunctis*, uti ait, accipienda sint, adeo ut vel unius existentia sufficiat, ut lex vel Edictum ex integro applicetur. An sint accipienda *pro conjunctis*, ita ut lex vel Edictum accommodari nequeat, nisi omnia simul concurrant. Expleta circa alios articulos disputatione, in *§ 2.* sese confert ad locutionem illam: *Ope consilio*, atque eamdem renovat dubitationem. Labeonem sequutus (non ordinarium in Paulo obsequium, perpetuo Labeonis censore) separatim esse accipienda ait, reprobata sententia conjungentium. Probandi causa subjicit, propositis duabus hypothesibus de uno, qui ope, et de alio, qui consilio furtum fecerit, esse unam, in qua condictio furtiva locum habeat, « alii « condici potest ». Sequitur, pro disjunctis ea intelligenda esse *ope consilio;* adamussim quia ad condictionis furtivae applicationem aliquando vel unius existentia prodest. At ecquae erit e duabus

illis hypothesibus, in qua condici possit, auctore Paulo? Eane ubi *ope* furtum factum fuerit, scil. suppeditatis ad furandum mediis? At vidimus, et Ulpianum auctorem habuimus, eos, qui dederint opem, teneri quidem actione furti de poena, non autem condictione furtiva de restitutione rei, quam numquam detinuerunt. An potius condicetur contra eum, qui dedisset *consilium*, nempe suasisset instruxissetque furem? Redeunt eadem obstacula, graviora imo in hoc, qui in furto minus operae dedit.

Resp. Praeter eam, de qua huc usque vidimus, significationem, aliam apud latinos habet *consilii* nomen; ut ipsam faciendi voluntatem, et in delictis dolum, indicet. Ita accepta voce, consilium perpetuo adsit oportet, sive ut reum principalem actione furti et condictione furtiva obligare possimus, sive ut actione furti adjutores ejus et complices. Nec enim in delictis damnum sine dolo concipitur; dolus et damnum, conjunctione sua, notionem delicti generant. Accipit hac significatione Paulus consilii vocabulum. Patet ex verbis Pauli « qui consilio furtum facit », ubi dolum furis ipsius, rei principalis, indicat: tum « nemo ope videatur fecisse, nisi et consilium ma- « lignum habuerit », ubi dolum significat ejus qui media subministrat: tum « nec consilium habuisse « noceat, nisi et factum sequutum fuerit », ubi demonstrat de furto teneri neminem, qui solum de

furando cogitationem foverit, furto non sequuto. Denique firmat doli simul et damni necessarium concursum. – Itaque quum dixit, e duobus, quorum unus *ope* alius *consilio* furtum facit, esse unum qui condictione furtiva obligetur, aperte ostendit, teneri condictione eum, qui *consilio* furtum fecerit, nempe ipsum furem ac principalem reum, qui maligna voluntate furtum patravit. Certe adversus eum qui *opem* tulit, quoniam grave quidem ministerium praebuit, at rem non contrectavit, condici non potest; nihil enim habet quod condicenti restituat. – Multo minus dedisset Paulus condictionem furtivam, si de eo tractavisset, qui suaserit instruxeritque furem sine ministerio atque adjutorio praestitorum mediorum, *consilii* nomine illa significatione usurpato, quae ordinario in hoc puncto ab auctoribus iuris adhibetur (*f*).

(*f*) Paulus explananda suscepit disputatione sua verba, quae a praetore adhibita fuerant quando formulam actionis furti descripserat: ea autem, quae addidit de condictione furtiva, argumenti ducendi causa subjecit. Verba autem formulae actionis furti talia fuerunt, referente Gajo *IV. 37.* « judex esto. Si paret ope consiliove Dionis Hermaei filii furtum « factum esse paterae aureae etc ». Dubio procul illud « consiliove » ad furem, principalem reum, referebatur, de quo aliter nulla mentio haberetur in formula. Rem perspicuam confirmat locus Ciceronis *de nat. deor. III.* Disserebat Tullius de maligni consilii necessarie interventu in concipiendis patrandisque delictis « Quae enim libido, quae avaritia, quod facinus aut « suscipitur nisi *consilio* capto, aut sine animi motu et cogitatione, idest

§ 41. *De Senatusconsulto Vellejano.*

Amplissimus Ordo custodiam feminarum assumit. Saepe contigerat, callidos homines, aere alieno pressos, rogavisse mulieres, ut pro se apud creditores suos intervenirent sive expromittendo, sive pignora dando, sive mandando aut fidejubendo; verba dantes, fore ut innocua ipsis res cederet, sese tempore justo solutionibus paratissimos futuros. Feminae, uti sunt nervorum imperio subjectae, praesentia quidem acutissime perspiciunt, futurorum providae parum. Unde poeta; illarum sensum torpere « *se* « *l' occhio o il tatto spesso nol raccende* ».

Quae igitur a praesentibus damnis sese tueri egregie norunt, neque sunt donationibus interdictae, arcendae fuerunt negotiis hujusmodi, ubi facile caperentur decipula, quod nihil in praesentiarum esset numerandum. Provisum ex parte ab Augusto atque a Claudio edicentibus, ne feminae pro viris suis intercederent: captiones enim ibi erant faciliores, ubi adderentur illecebrae maritales. Plenius cautum est Senatusconsulto Vellejano, Silano et Vel-

« ratione, perficitur » *cap.* 27. Subjicit in *cap.* 30. « Inde illa *actio* ope « consilioque tuo furtum ajo factum esse ». Consilium pro dolo et fraude interpretatur, uti et Paulus noster.

lejo Coss., postrema, uti videtur, aetate Claudii ipsius. Consuluere Patres, ne pro quolibet debitore fidejuberent mulieres, mutuamve pecuniam pro alio intercedendi causa acciperent, *l. 2. § 1. h. t.* Ad alia omnia intercessionum genera ab interpretatione prudentum producta prohibitio est.

Ad leges, quas Ulp. *fragmentor. de legibus* (loco lacunoso, Cujacii aliorumque laboribus impleto) nuncupat imperfectas, spectat Senatusconsultum nostrum. Uti lex Cincia eas donandi causa factas promissiones, quas vetuerat, non ipso jure auferebat, sed perpetua exceptione excludebat (*a*); uti S. C. Macedonianum non mutuum, quod vetat, ipso jure rescindit, at exceptionem perpetuam concedit; ita Vellejanum prohibitionem suam non per rescissionem directam, sed per datam exceptionem perpetuam confirmat, *hoc tit. passim.* – Hac exceptione omnes elidentur actiones ex qualibet mulieris intercessione natas, sive privativa sive cumulativa.

Notandae species aliquae, quae proxime accedere intercessionibus videntur; cum tamen revera tales non sint, eximuntur censura Senatusconsulti. Ecce mulier nequit expromittere debitum alienum, intercederet enim certo certius, et se implicaret periculo futurae solutionis. Fac, mulierem debitorem

(*a*) *Cit. fragm. Ulp.* cf. *§ 266. fragm. vatic.*

suum de centum delegare tali, cui Titius centum debebat. Ipsa praesentem crediti sui jacturam facit, nullum susceptum ab ea est de futuro periculum; jactura est, de qua non providit Senatus, *l. 8. § 5. h. t.* - Quod si delegaverit creditori Titii talem, qui debitor ejus non fuit, quique recepturus sit ab ea quicquid solvet, non est damnum praesens, sed periculum damni futuri; facta fraus S. Cto videtur, exceptio facit, *l. 8. § 6. eod.*

Imo potest femina sese obligare ad id, ut rem alterius curet, modo non per intercessionem obligationi ipsius: hanc enim tantum in qua circumduci solebant, neque aliud, prohibuit Senatus. Ita explicatur *l. 19. pr. § 1. h. t.*, et componitur *leg. 19. § 4*, et *leg. 6. § 1. C. eod. tit.* Tutor pupilli, qui male administraverat, decessit, herede instituto Titio. Dubitabat Titius adire, metuens actiones pupillares, quibus sese fuisset impliciturus: ea praesertim aetate, qua beneficium inventarii nondum introductum fuerat. Mater pupilli fuit, quae eum filio suo obligatum heredem desiderans, in gratiam filii, adire mandavit repromittens indemnem illum eo nomine praestari, si quid ultra vires hereditatis soluturus foret. Adita hereditate, Titius a pupillo conventus plus solvere debuit, quam esset in hereditate: egit ex cautione adversus feminam. Quaerebatur de Senatusconsulto: negavit Africanus

exceptioni Senatusconsulti locum esse « quando vix « sit, ut aliqua apud eumdem pro eo ipso inter- « cessisse intelligi possit » *d. l. 19. pr. h. t.* Nimirum sese obligavit femina, iniitque periculum solvendae pecuniae, gratia filii sui: at non intercedendo pro filio, non suscipiendo periculum obligationis filii, quae nulla erat in medio; neque intercedendo pro Titio, absurdum enim est apud eumdem pro eo ipso intercedi. Nulla feminae intercessio est; Senatusconsultum non operatur. - Eadem prorsus ratio est *§ 1. d. leg. 19.* (*b*) - Mutat Africanus speciem in *§ 4.* Dubitabat Titius de adeunda hereditate aliud timens, nempe ne parum idonea essent nomina debitorum hereditariorum. Interveniens femina mandavit adire, cavens ut quanto minus a quoquo eorum servari posset, ipsa praestaret. Africanus ait prope esse, ut sit intercessio. Utique enim suscepit periculum nominum debitorum, atque eatenus pro iis apud Titium intercessit. Impedietur Titius Senatusconsulto, ne id, quod ab aliquo e debitoribus servare nequiverit, servare a muliere possit. - Non dissimilis casus tractatur in *l. 6. § 1. C. h. t.* Tutor qui fuerat destinatus pupillis, verens, ne, nato sibi forsan ex administratione credito in pupillos, inidonei hi satisfaciendo forent, ex-

(*b*) Adde *l. 8. § 1. eod. tit., l. 13. Cod. eod. tit.*

cusationis causam proponere cogitabat. Tum mater pupillorum se interposuit; ut tutelam tuto susciperet, mandavit; praestituram se ei indemnitatem. Rursus susceptio adest periculi obligationis alienae, nempe pupillorum futurae; vera intercessio est, auxilio S. Cti uti minime prohibebitur mulier.

Pauca haec, quae abstrusiora visa sunt, de Senatusconsulto Vellejano delibavimus: caetera ad Institutionum expositionem spectant (*c*).

(*c*) Consule praeterea (§ 26. not. c).

CAPUT VI.

QUIBUS MODIS OBLIGATIO TOLLITUR.

Non eadem quae civibus libertas est, ut ineundis conventionibus abstineant, est etiam, ut discedant ab initis. Voluntarius origine, existentia posteriori necessarius contractus est; atque e latissimis arbitrii spatiis fines legis ingressus, nonnisi modis a lege praestitutis tolli potest, *l. 44. § 1. de O. et A.* « nam quod alicui deberi coepit, cer« tis modis desinit deberi ».

Per modos lege definitos obligatio ipso jure extinguitur. Aliquando tamen, praeter modos illos, aequitas ac ratio naturalis tolli obligationem desiderat; tunc autem per exceptionem summoveri obligationem, admissum est. - Magna inter extinctionem obligationis, quae ipso jure, atque eam, quae exceptionis ope fiat, erat differentia, quando formularum systema vigebat. Quando enim ipso jure, ex. gr. per solutionem, resoluta obligatio esset, et creditor, qui fuerat, institueret agere; nullis opus erat in formula distinctis verbis, quibus judex ad cognoscendum de extinctione invitaretur: sufficiebant

enim solita illa « si paret dare oportere »; quia, sublata ipso jure obligatione, dare amplius non oportebat. Quod si modo non legitimo, ex. gr. pacto de non petendo, obligatio summoveretur; quoniam manere hanc, negari non poterat, et solum applicationi vitandae pactum opponebatur, in formula exprimi debebat. « Si inter Aulum Agerium et Numerium « Negidium non convenit, ne ea pecunia petere« tur » *Gaj. IV. 119.*, atque ita conditionalis fiebat condemnatio, *ibid.* Unde exceptiones accepere nomen suum; eo namque diriguntur, ut actio, quae ad juris civilis praecepta consistit, loco exceptionis *(in via d'eccezione)* excludatur (*a*).

Caeterum tum eorum, qui ipso jure, tum aliorum, qui ope exceptionis operantur, modorum tria summa sunt capita. - Primum consistit in praestatione ejus quod debetur. Sedem hic habet praecipuam *solutio*, nempe objecti ipsius, quod in obli-

(*a*) Tamen omissio expressionis in formula non difficile sanabatur, *Gaj. IV. 125.* Imo in bonae fidei atque arbitrariis actionibus, ubi judex officio suo liberius spatiatur, expressionem illam omnino necessariam non fuisse, constat. - Abolito ordine judiciorum, exceptiones non amplius formulae partes esse potuerunt, ac tales factae sunt, quales hodie manent, simplices defensiones, quas reus conventus judiciariae auctoritati proponit. Adeo ut multae sint, quae post litem contestatam, aliquae vero, quae usque ad executionis tempus possunt produci. Mansit tamen intrinseca ipsarum natura, ut exceptionis nomen designet adhuc objectionem oppositam adversus jus, quod juxta rigidiores regulas propositum sit.

gationem deductum est praestatio. Solutionem prope attingit *datio in solutum*, supplet *oblatio et depositio*, continere videtur *compensatio*. Neque abest *novatio*, qua etiam datio quaedam in solutum fit, quoniam de anteriore obligatione per novae substitutionem satisfit creditoribus; satisfactio autem pro solutione est, *l. 52. de solution.*

Caput aliud succedit, in quo distinctio extinctionis ipso jure, atque ope exceptionis, apprime observatur. Quamquam non voluntati obligatorum ab obligatione recedere permissum sit, provisum tamen, ne uterque contrahens invitus in contractu maneret. Consideratum est, in rerum natura corpora, quae quibusdam modis composita fuerint, iisdem in contrarium actis solere dissolvi « nihil tam naturale est, quam eo genere quidque dissolvere, « quo colligatum est » *l. 35. de R. I.* Inductum est id ad instituta juris civilis; et constitutum, resolvi obligationes, si in contrarium agerentur omnia, quae ad obligandum fuerant peracta, *d. l. 35.*, *l. 153. de R. I.* Facili opera applicatio facta est in contractibus, qui consensu perficiuntur; nempo ut resolvantur per *contrarium consensum*. Quoad alia negotia, si per nexum obligatio inducta esset, solutionem etiam per aes et libram fieri oportere, auctor est Gajus *comm. III. 173-175.* (§ 2). Item si obligatio inita esset verbis, per *acceptilationem*,

quae et ipsa stipulatione expeditur, extinguitur. - Si vero aliis, praeter consensuales, contractibus nudus dissensus successerit per *pactum de non petendo*, non ipso jure, sed ope tantum exceptionis summovet obligationem.

Caput postremum est, quando aliquod deesse incipiat extremum ex illis, quae substinendo negotio necessaria sunt. Potuit quidem civile jus ad extrema haec, sine quibus negotium superesse nequit, consensus perseverantiam non referre, ita ut pactum ne petatur non ipso jure operaretur: sed referre debuit omnino necessitatem perseverantis objecti, tum etiam duplicis personae, ut jus ad invicem atque obligatio haberent subjectum suum. Hinc tollitur obligatio si fortuitus *rei interitus* contingat, item si *confusio obligationis*.

De singulis, quos enuntiavimus, tollendarum obligationum modis dicendum est; de solutione primum.

§ 42. *Solutio. Ubi etiam de datione in solutum.*

Solutio, cujus significatio generalis ad quascumque obligationum peremptiones aliquando producitur, proprie consistit in dando eo vel faciendo, quod obligationis objectum est, *l. 176. de V. S.* - Ut

solutio juste fiat, a quo, in quem, qua de re debeat perfici, videamus.

Ab eo, qui velit solvere, quique possit, nempe alienandi jus habeat, expedienda solutio est. Quae duo si concurrant, tertiam etiam extraneam personam ad solvendum admitti nomine debitoris, vel ignorantis, vel etiam inviti, tralatitium est. Quin obstet; beneficium invitis obtrudi non posse. Non enim in allato debitori beneficio ratio est, qua valent solutiones hujusmodi; sed in principiis juris civilis, per quae non is, qui debitum recepit, potest in credito manere. Beneficium liberationis, utpote consequens, in re ipsa sive recipienda, sive respuenda, considerari non debuit. Uti filiusfamilias, mortuo patrefamilias, sui juris fit vel invitus; uti invito etiam domino acquirit servus; uti pignore vendito, pretioque redacto, nolens etiam debitor liberatur. - Si tertius nomine volentis solverit, actione contraria mandati reciperat ab ipso pecuniam; si nomine ignorantis, idem actione contraria negotiorum gestorum consequitur. Ullane actio solventi pro invito datur? Non enim negotiorum gestorum dari potest, quia praesumpta voluntas concipi nequit, ubi manifesta contradictio est. Sunt qui actionem de in rem verso largiuntur. At perperam: uti enim scite in suo de societatibus tractatu observat Troplong, actio de in rem verso de

sui natura competit adversus patresfamilias, ex filiorumfamilias servorumque suorum negotiis locupletiores factos, quoniam post personam contrahentium istorum ad personam patris aut domini jus civile facile respicit. Quamvis autem extensa, maxime a Diocletiano et Maximiano, ad contractus personarum sui juris, actio hujusmodi esse videatur, *l. 7. § 1. C. quod cum eo etc.*; numquam tamen eousque producta est, ut etiam adversus eum, qui rei gestae obstiterit, concederetur. Quamobrem unum restat ei, qui pro nolente solvat, remedium; nempe ut cedi sibi a creditore curet actiones, quibus inde possit contra illum experiri.

Solutio facienda est creditori vel hujus procuratori, cui de hoc mandatum sit. - Debet autem creditor esse talis, qui alienandarum rerum suarum habeat potestatem; etenim, accepta solutione, jus creditumque suum amittit. - An soli pupillo, cui debeatur, solvi potest? Minime: immo potest soli tutori. Quamquam enim pupillum, adjecta tutoris auctoritate, acquirere obligationes vel suscipere, regula sit; facilius tamen admissus solus est tutor in accipienda solutione, quae jurium jam quaesitorum meram observantiam continet, *l. 46. § ult. de adm. et peric.*, quandoquidem etiam, ut pro pupillo contraheret, saepe receptum est (§ 12). - Seponenda tamen est stipulatio: Mihi aut pupillo dari; ubi pu-

pillo, solutionis causa adjecto, nullum jus acquiritur; neque ipsi, qui in solutione tantum est, competit actio. Erga pupillum res facti est. Et nudi quidem ac simplicis facti, unde scilicet nullum emolumentum pupillus est accepturus: est enim mandatarius tantum; nec sibi acquiret quod ipsi forte solvetur, at reddere actione mandati compelletur. Jamvero in his, quae facti sunt personalis, persona ipsa interveniat oportet: adeo ut « si stipulatus « sim mihi aut Titio dari, si Titius decesserit he- « redi ejus solvere non poteris » *l. 81. pr. de solut.*, et si « stipulatus sum mihi aut Sticho servo « Sempronii solvi. Sempronio solvi non potest, « quamvis dominus servi sit » *l. 9. pr. eod. tit.* Hinc denique fit, quod in proposita de pupillo specie « promissor sine tutoris auctoritate solvendo « pupillo, liberabitur a me » *l. 11. eod. tit.* - Medium quemdam inter haec locum tenet casus, quo pupilli persona ita in contractu adjecta, aut in testamento sit, ut in eam conferri datio debeat conditionis implendae causa: Si centum pupillo dedero, dabis fundum? aut: Heres esto, Liber esto, si centum pupillo dederit. Etenim etiam in speciebus istis non actio pupillo competit, res facti est, (*a*); at

(*a*) Quare si servi persona hac ratione inducta esset, non domino, nisi ex voluntate servi, dari potest, *l. 95. § 7. de solut.*

non nudi ac simplicis facti, quia pupillus centum data adipiscetur; cavendum est autem ne datio ex illius imbecillitate pereat. Hinc regula esset; pupillo, ut in re facti, solvendum esse, adjecta tamen, ne datio pereat, auctoritate tutoris. Quamquam utilitatis causa Pegasianorum fuerit recepta sententia, ut etiam hic soli tutori facta solutio valeat, modo non perdita pecunia sit, sed in pupilli rem versa, *l. 13. de cond. et dem., l. 68., l. 95. § 7. de solut* (*b*). Quo recepto, eo progressum denique fuit, ut soli tutori etiam tunc solvi posset, quando solutionis tantum causa adjectus pupillus fuisset, *d. l. 95. § 7. de solut.* (*c*).

Itaque nonnulla occupavimus, quae ad adjectos solutionis causa pertinent. Eis, non autem in genere aliis loco ipsorum, solvi posse vidimus. Adeo autem adjecto solutionis causa solvi potest, ut ne obstare quidem tali solutioni possit stipulator, *l. 106.*

(*b*) Si persona domini, in quam conditio sit implenda, fuerit inducta, solvi potest servo, quasi instrumento, ut domino daret, *l. 95. § 7. de solut.* Non e contra bene solvetur domino, si persona servi ita contemplata fuisset (not. a), quia dominus servi instrumentum esse nequit, neque hunc potest repraesentare.

(*c*) Mulieribus, licet sub perpetua tutela positis, poterat solvi sine auctoritate tutoris: quia personales obligationes ad res nec mancipi respiciebant, res autem nec mancipi poterat a se mulier etiam sine tutoris auctoritate dimittere. Acceptum habere non poterat sine auctoritate tutoris, *Gaj. II. 85., III. 171.*

de solut. Quamquam enim stipulatorem inter, atque adjectum solutionis causa, mandatum intercedat, neque mandati revocationi directe sese opponere queat solutionis causa adjectus; fuit tamen in stipulatione ad commodum etiam promissoris facta adjectio, neque lex contractus dejici, atque efficacia adjectioni detrahi potest pro arbitrio et voluntate solius stipulatoris.

De casu, quo adjecta persona status mutationem passa fuerit, an nihilominus solvi possit eidem, videntur inter se obstare quidam juris nostri loci. Africanus in *l. 38. pr. h. t.* tradit, amplius ei solvi non posse. At Julianus *l. 56. § 2. de V. O.* adjecto solutionis causa filiofamilias, ac deinde emancipato, recte solvi constituit. Et Papinianus *l. 95. § 6. h.t.* ait, adjecta persona capite minuta, facultatem solvendi ipsi non intercidere. - Capitis deminutio simpliciter inspecta non esset ratio intercipiendae facultatis sufficiens. Etenim solutio, quae in adjectos tales confertur, facti, uti vidimus, res est; ea vero, quae facti sunt, per capitis deminutionem non intercidunt, *l. 10. de cap. min.* Hinc Africanus *l. 38. pr. h. t.* aliam responso suo quaerit rationem: nimirum, facta specie de eo, qui « in « adoptionem, sive in exilium ierit, vel aqua et « igni ei interdictum, vel servus factus sit » negat ei recte solvi « tacite enim inesse haec con-

« ventio stipulationi videtur, si in eadem causa ma- « neat ». Etenim credibile non erat, eum, qui sibi stipulando hominem alium solutionis causa adjecit, ut ita illi, ac sibimetipsi, solvi posset; idem servari, pecuniamque ad eum pervenire voluisse, etiamsi is ob crimina in exilium ductus, vel servus factus fuisset, vel aqua et igni interdictus esset, nullam jam fiduciam in conditione adeo perversa meritus; aut etiam in alterius ignorati hominis patriam potestatem, et consequentem in rebus omnibus subjectionem per adoptionem deduceretur. Unde intelligitur, cur Juliani diversa responsio sit in casu ejus, qui emancipatus fuisset *l. 56. § 2. de V. O.*: nulla enim in casum hunc tacita conventio, quae solutionem interciperet, concipi poterat, ubi adjecta solutionis causa persona, in meliorem conditionem adducta, facilius fidem eam praestare poterat, quae ab ipsa, cum adjiceretur, expectabatur. Restat explicandus locus Papiniani in *l. 95. § 6. h. t.*, qui, non distinctis variis capitis deminutionibus, ait « Ti- « tio, capite minuto, facultas solvendi Titio non « intercidit ». Accipe: Titio capite minuto, non ita interimi jus solvendi ei, ut non restituatur solvendi facultas, ipso forsitan restituto in priorem statum. Vidimus solutionem hanc esse rem facti; res facti per capitis deminutionem de sui natura non tolli. Quod capitis deminutione solvendi facultas adimatur ali-

quando, id tantum ob tacitam conventionem fieri. Posito, quod capite minutus restituatur, ratio tollitur tacitae hujus conventionis, nullaque superest, cur solutionem in personam ejus non admittamus. Firmat Papinianus sententiam suam « quia et sic stipulari possumus, mihi aut Titio, cum capite minutus erit, dari ». Nempe negat, conventionem illam tacitam perpetuo valere; exemplo adducto, quod conventum esset, posse etiam capite minuto solvi. - Igitur de praesenti quaestione concludeudum est, quod si adjectus solutionis causa ita statum mutaverit, ut e filiofamilias factus paterfamilias fuerit; ei adhuc solvi potest perinde, ac si statum non mutavisset, *l. 56. § 2. de V. O.* Si autem poenae causa in exilium pulsus, aut servus factus sit, sive ierit in adoptionem; tunc, donec in novo hoc statu manet, solvi nequit eidem, *l. 38. pr. de solut.*; at, ipso in priorem statum restituto, solvendi facultas renovatur, *l. 95. § 6. eod. tit.*

Vidimus quis solvere, cui solvi, debeat ac possit. Major de solutionis objecto tractatio sequitur. Certe id, quod debetur, solvendum est. - Mutuo dati, sive promissi sunt denarii centum ; cum denarius quisque nummus argenteus sit constans assibus denis, poteritne debitor mille asses juste solvere? Affirmandum est; cum enim « pecuniae tantumdem solvi « debeat » *l. 80. h. t.*; materia nummorum domi-

nium non tam ex substantia praebet, quam ex quantitate, *l. 1. pr. de contrah. emt.* Videlicet in nummis consideratur tantum ea, quam praestant, utilitas, ut medium sint rerum acquirendarum. Quamquam enim in moneta metalli qualitas atque aestimatio inspici debeat ad hoc, ut ab auctoritate publica possit institui; tamen semel ac in metallis quibusdam receptum publica auctoritate fuerit, ut talem habeant, et quantam habeant aestimationem, justa ratio non agnoscitur unius potius, quam alterius exigendi: modo duae monetarum congeries quantitatem parem, pro auctoritatis publicae definitionibus, conficiant. Excipi debet, nisi peculiaris obstet conventio, aut nisi solutio diversorum nummorum damnum forte afferret creditori, *l. 99. h. t.*

Non aliud pro alio potest invito creditori dari. Nisi conventum sit, ut aliud quidem in debito, at aliud etiam in solutione esset. - Id ita contrahendi initio aliquando convenitur; veluti in ea stipulatione: Si fundum non dederis, centum dare spondes ?, fundus solutionis causa adjectus est, *l. 44. § 5. de O. et A.* - Item in specie *l. 57. pr. h. t.*, qua quis stipulatus fuit decem in melle, non in debito mel, sed pecunia est, mel in solutione; quia si mel in debitum deduci, non autem decem, voluissent contrahentes, aut omnino de decem loquuti non essent, aut secundario tantum, atque exprimendae

aestimationis causa, ita: Mel, quod valeat decem. - Denique, promisso genere, speciem in solutione esse ob necessitatem expediendae rei vidimus (§ 25).

Aliquando autem res ab ea, quae in debito est, diversa in solutione esse incipit per supervenientem conventionem: id autem, quod exinde detur, in solutum dari dicitur. - Datione in solutum obligationem ipso jure tolli Sabiniani putabant, Proculiani autem tantum ope exceptionis, *Gaj. III. 168.*

Plena ac perfecta integri debiti debet esse solutio. Quare si, aureo vaso promisso, aeneum erranti solutum sit, nulla liberat io contingit, scilicet invalida prorsus solutio es t, *l. 50. h. t.* Nempe ob hanc specialem regulam de solutione plene ac perfecte facienda: nam in his, quae ex una tantum parte acceptionem inducunt, generaliter error hujusmodi non vitiat (§ 7).

Eadem ex regula fluit, non bene solvere illum, qui rem alienam tenuisset restituendam, veluti ex commodato, ex deposito, eamque reddat transfiguratam ita, ut, corpore manente, forma mutata sit; rem enim abesse videri, teneri adhuc illum actionibus commodati aut depositi, responsum est, *l. 13. § 1. de V. S.* Idque ita est etiam si talis formae mutatio facta fuerit, quae ad formam pristinam redigi possit. Adeo ut Sabinus ipse, qui in assignando ex specificatione dominio ad materiem

semper atque substantiam respexit, ut speciem factam domino materiei semper tribueret; tamen de eo, qui ad exhibendum scyphum obligatus massam e scypho factam exhiberet, adhuc ad exhibendum teneri eumdem, dixerit, *l. 9. § 3. ad exhib.* Praevalet enim in hoc solutionis articulo plenae ipsius ac perfectae efficiendae necessitas, atqui « plerum- « que plus est in manus pretio, quam in re » *d. l. 13. § 1. de V. S.*

Atque idem dicendum est, si deterior effecta res reddatur, vestimentum scissum, res corrupta, tabula rasa pictura. Videtur enim abesse res ex ratione simili « quoniam earum rerum pretium non « in substantia, sed in arte sit positum » *l. 14. pr. eod. tit.* Itaque dici potest rem redditam non esse; actiones commodati, aut depositi adhuc dabuntur, *l. 3. § 1. commod., l. 1. § 16. depos.* (*d*).

(*d*) Secus est in actione ad exhibendum; si enim res deterior, modo non transfigurata, exhibeatur, amplius agere non licet, quicquid contra putaverit Sabinus, *l. 9. § 3. ad exhib.:* ratio ex *l. 17. eod. tit.* - Caeterum ea, quae de mutationibus aut corruptionibus diximus, obtinent quando dolo culpave debitoris, non autem quando vi majore aut facto alieno talia contigissent: vid. *l. 9. § 2. de statulib.*, *l. 51. de V. O.* Obligatione generis, ubi species non sunt in debito, non liberatur is, qui speciem deteriorem quocumque casu factam offerat, si talis fuerit casus, ut creditor non sit illam speciem servaturus, *l. 33. § 1.*, *l. 38. § 3. de solut.*

Accedit tractationi huic bina illa quaestio, quae Interpretum ingenia exercuit, circa restitutionem nummorum, quorum, tempore obligationem susceptam ac solutionem intercedente, valor esset mutatus. Prima est: Mutuos dederam tibi denarios centenos, quorum quisque, nummus uti est argenteus, assibus denis valebat; addita restituendi die. Interea temporis accidit, ut, servato omnino asse qualis fuerat, auctoritate publica constituatur, denarium quemque non decem sed novem assibus in posterum valiturum. Adventa solutionis die, eligis per denarios, nummos argenteos, solvere; jam offers centum denarios. Justane oblatio est, an addere debes adhuc denarios alios, ut expleas rationem decem assium pro unoquoque denario? Convertitur quaestio, si interim auctoritas publica sanxerit, denarium jam valiturum non decem, sed undecim assibus. Poterisne denarios offerens eousque ex horum numero detrahere, ut redigas ad rationem decem pro unoquoque assium, an centum denarios debebis? – Secunda quaestio est: Mutuos tibi dederam centum denarios, quorum quisque constabat assibus denis, nummos argenteos probos. Antequam solvendi dies veniret lege publica dispositum est, ut argenteus denarius, assibus decem adhuc valiturus, ex deteriori jam mixtoque ex aere argento cuderetur, aut pondere levior. Adventa die,

teque per denarios solvere eligente, quaeritur, utrum bene offeras centum denarios novos contaminatos sive leviores, an tot addere debeas centenis, quot argenti defectum pensent, ut eadem, atque accepisti, bonitate ac pondere reddere videaris? Rursus, si per legem puriores, quam antea fuerint, aut graviores excudi argentei coeperunt, possis, necne, denarios ex centenis detrahere, usque eo quod videaris bonitate eadem, eodemque pondere restituere? – In prima quaestione mutatum valorem extrinsecum, in altera mutatum valorem intrinsecum dicunt.

Varia ex Interpretibus vetustioribus accepimus, sed ita prolata, ut, notante Voetio, vix ipsi, quid assequi vellent, intellexisse videantur. Neque tamen ipse Voetius perspicuas extrinseci, quem vocant, atque intrinseci valoris relationes, neque proprias notiones forte produxit. Minuto valore extrinseco, cogi ait debitorem plus dare quam centum argenteos, varietatem debitoris damno esse concludens; deminuto autem valore intrinseco, centum novos deteriores ab ipso offerri posse, varietatem lucro esse debitoris ejusdem. Acrius Vinnium reprehendit, qui in casu intrinseci minuti valoris debitorem non liberari defenderat, qui det centum novos impuros. Liceat nobis paulo altius investigandi initium capere.

Permutationes, quibus ad res comparandas primitus usi sunt homines, novis industriae et vitae cultioris necessitatibus impares effectae sunt « quia « non semper nec facile concurrebat, ut, cum tu « haberes quod ego desiderarem, invicem haberem, « quod tu accipere velles » Paul. *l. 1. pr. de contrah. emt.* Tum apparuit necessitas, ut aliquid, quod ad omnia comparanda idoneum esset, inveniretur, merx scilicet media (*una merce mezzana*, uti ait Davanzati), cum qua possent aliae merces universae commutari. Missis, quae de conchyliis, lignisque apud populos barbaram vitam agentes adhibitis, narrantur; fere ubique gentium metalla quaedam electa sunt, in quibus aptitudo illa fuit constituta. Aptitudine hac seu qualitate talibus affixa metallis, optabilia ea hominibus omnibus, quorum quisque aliqua re indiget, evaserunt; crescere imo coepit amor nummi, quantum ipsa quoque pecunia cresceret. - Metalla quaedam electa fuisse, diximus. Explosus enim est error illorum, qui monetae valorem adventitium omnino atque arbitrarium esse crediderunt. Ecquid enim absurdius dici aut concipi potest, quam ut ex vili quaque materia constet id, ad quod pretiosa etiam ac rara referantur? Et siquae posset perdurare relatio, ullane industria, ullum commercium, ulla servandi augendique cura vigeret, si facilitate infinita monetae vilescerent,

quo rebus ex ea comparandis aequa vilitas inferretur? Pervulgata est scoti illius Joannis Law fama, imo infamia, qui, quum ex auri tyrannide homines sese liberaturum spopondisset, exitium pene intulit Galliae atque extremam ruinam. Jure igitur meritoque metalla sunt electa pretiosa, quae non solum ob soliditatem, splendorem, ductilitatem, uti ajunt, ac divisibilitatem suam, sed maxime ob raritatem valent; habent nimirum insitum quemdam et proprium valorem ad hoc, ut materiei munere fungi in monetis possint. Valor hic monetae intrinsecus seu realis dicitur.

Atqui, nummis licet ex eadem materie manentibus, valor monetae intrinsecus potest variari. Rei enim cujuscumque mutatur valor; praecipue ex eo, quod in commerciis quantitas rerum ipsarum varietates capit, sique numero crescant, extenuatur valor, qui idem, si quantitate minutae fuerint, extollitur. Quod cum in frumentis, aliisque ad humanos usus venui propositis, passim contingere videamus; tum etiam, minore licet frequentia, accidit in nummis. Si enim, uberioribus forte exhaustis atque exarescentibus fodinis, auri copia vel argenti raresceret, metallorum augeretur valor; idem vilesceret, si aurum atque argentum hiatibus novis terra profunderet. Similis contingeret metallis vilitas, si concurrerent valores alii, quos vocant

repraesentantes, seu supplentes usum monetae; quibus mensariae syngraphae apprime adscribuntur. - Ne varietates, quae valori monetarum contingere possent, civium judicio agnoscendae relinquerentur, magna providentia constitutum est. Nullus enim aliter fraudibus litibusque, brevissimus autem industriae omni atque commercio fuisset finis. Nummorum publica est ac perpetua aestimatio, uti ait Paulus *d. l. 1. pr. de contr. emt.;* publica scilicet auctoritas in feriendis nummis monet (unde monetae nomen ductum esse, aliquorum opinio est) quantus sit cuique valor. Imposita haec aestimatio intrinseco valori, cujus expressio est, debet, quo fieri maxime potest, respondere: unde valor extrinsecus, seu nominalis appellatur. Qualem auctoritas publica dixit, talis valor nummorum manet, donec gravis aliqua et constans in intrinseco valore mutatio appareat, quae variationem in nummis, ex. gr. in denariis inducendam suadeat. Inducendae autem duplex parata est auctoritati publicae methodus. Aut mutat nomen seu valorem extrinsecum, ut novo valori intrinseco respondeat; aut mutat materiem ipsam, ex puriore, vel graviore, deteriorem, vel leviorem futuram, aut versa vice, jubet, ut redigat nummos ad veterem suum valorem intrinsecum (*e*).

(*e*) De scientiae principiis integer est sermo noster; quamquam non his constitisse semper reipublicae rectores credimus. Neque historiam mu-

Jam ad quaestiones nostras. Mutuatarium non ad nummorum species, sed ad valorem et quantitatem eamdem, quam accepit, restituendam teneri, jam ex superius probatis manifestum est, *l. 80. h. t.* Itaque quaestioni primae tuto respondeamus. Quando auctoritas publica minuit valorem denarii extrinsecum, id facit ideo, quia minutum jam esse agnoscit valorem intrinsecum (not. e); demonstrationem perficit minuti intrinseci valoris. Ergo si is, qui centum prius acceperat denarios, jam offerat totidem, non tantum reddit quantum accepit, sed minorem extrinsecum, ac respondentem intrinsecum valorem. Vicissim si publica auctoritate extrinsecus denario valor augeatur, atque ita valoris intrinseci augmentum demonstretur, centenos, quot antea acceperat, qui daret, accepta, majorem praestaret quantitatem. Quare in primo casu centenis denariis addere pecuniam debebit, poterit in altero exinde detrahere, si per denarios solvere eligat. - De altera autem quaestione tenendum est, mutato valore intrinseco denariorum, eum, qui centum acceperat prius, centum novis sive purioribus gravioribusve, sive deterioribus levioribusve restitutis, creditori suo satisfacere. - Variata enim ideo fuit materies, quia

tationum, quas monetaria res apud romanam gentem, satis raras, passa est, enarrare instituimus. Ea, quae fieri debeant, investigamus; juxta quae legislatores disponere, respondere prudentes, judices decidere oporteat.

apparuit, servata materie antiqua minorem vetere majoremve valorem intrinsecum jam futurum; denique valoris intrinseci novi cum antiquo exaequatio facta est. Quare qui novum denarium praestat eumdem valorem, eamdem quantitatem reddit, quam olim, accepto vetere, habuerat.

Ex gravioribus Interpretibus non pauci in similes conclusiones conveniunt. At, ut libere loquar, non admodum placet, quod nonnulli soleant modo de damno debitoris modo de lucro loqui, ac si detrimentum sentiret is ex mutationibus, aut emolumentum acciperet. Cum universae respondendi rationes potius in eo consistant, ut, qua fieri potest, curemus, ne plus aut minus accepta quantitate debitor restituat. - Piget nos Vinnii dissensus. Ipse enim, mutata in deterius nummorum materia, non accepto parem, sed majorem numerum novorum reddendum esse arbitratur. Arguit ex eo, quod, corrupto semel denario, minor jam, atque antea, mercium quantitas comparabitur; invocat experientiam, invocat *l. 2. C. de veter. numism. potest.* (*f*); iniquam hanc conditionem creditoribus inferendam non esse ait; supplendum esse defectui per alios adjectos nummos. Quid enim? Haud cerebrosa mutatio

(*f*) De lege hac Valentiniani senioris erudite disseruit Adv. Augustus Cataldi *dissert. ad leg. secund. Cod. de vet. numism. potest. Romae 1869.*

nummorum praesumitur. Indicti sunt denarii deteriores, ut valor ipsorum solitus servetur, qui in purioribus crescere coeperat. Esto igitur, quod creditor minores merces illis, quas puris denariis solutis, comparare potuisset, acquisiturus sit deterioribus. Ita fiet, ut ex novis supervenientibus augmentis, quae mutatio illa compescuit, lucrum non sit accepturus; antiquum, ad quem redacti nummi sunt, recipiat valorem; accipiat quantum dederat olim. - Neque magis Vinnio suffragatur invocata ab ipso *l. 99. h. t.* « creditorem (*g*) non « esse cogendum in aliam formam nummos acci- « pere, si ex ea re damnum aliquod passurus sit ». Redit, non damnum creditoribus irrogari per conclusiones nostras, sed eripi lucrum. Pauli de damnis tractatio est. Certe enim si, nummis diversae qualitatis oblatis, intolerabilis incommoditas creditori inferretur, veluti si egregiam auri vim mutuo datam per semisses minutulos reddere debitor autumaret (*h*), jure solutionem hujusmodi ille recusaret.

Succedit quoad solutionis objectum quaestio, an partis solutio fieri queat ita, ut pro parte liberatio contingat. Modestinus *l. 41. § 1. de usur.*

(*g*) « Creditorem »: bene in vulgata et in libris basilicorum. Male in florentina « debitorem ».

(*h*) Consul. Gobbius *de monet. quaest. 6. num. 118.*, Sola *de monet. cons. 24. n. 1.*, Scaccia *de commerc. et camb. § 2. gloss. 5. num. 19.*

ait, eum, qui foenori acceperat, et partem vult de sorte restituere, non liberari, totiusque debiti usurarum praestationem non ideo retardari; nisi conventio de hoc, ut particulatim exsolvere liceret, habita fuisset. At Julianus *l. 21. de R. C.*, quosdam existimasse, eum, qui decem peteret, cogendum non esse quinque accipere, sed praetorem humanius facturum, si actorem compulerit ad accipiendum id, quod offeratur; data ratione « cum ad « officium ejus pertineat, lites dirimere ». - Solutio per partes, individuis exceptis, absurda certe non est; eadem namque ratione, qua totum datum integre satisfacit, ita satisfacit ex parte, quod sit pro parte solutum; veluti si ex centum debitis quinquaginta, aut pars ex fundo debito praestetur. Fatendum tamen est, exactionem partium ac solutionem non minima incommoda habere, *l. 3. famil. ercisc.* Iterandae petitiones sunt: inducuntur aliquando necessariae communiones: ac data particulatim pecunia solet sine profectu dilabi, quae simul illata utiliter disposita fuisset. Tantine est incommodorum consideratio, ut quae partitio absurda de sui natura non esset, excludatur? Ita quosdam existimavisse, refert Julianus. Verum apud Julianum praevaluit favor liberationum. Inverecundum videri, quod actor, ob incommoda illa, partem oblatam recuset, et servet integram litem: praetorem com-

pulsurum, ut oblata accipiat, litibus ita prae ejus officio deminutis. - Quid tamen si praeter incommoda illa divisarum solutionum, intersit etiam certe ac pecuniarie creditoris, ne tales fiant? Incommoda res, ac praeterea damnosa, recipienda non est. Exemplum ex Modestino in *l. 41. § 1. de usur.*, ubi solutio partis damnum illud inferebat, ut usurae minuerentur. Aliud accipi posset ex casu *leg. 13. § 8. de act. emt.;* scilicet, oblata venditori parte pretii, nihil omnino ex re tradere ipsum debere, ne quid amittat ex illo quasi pignore, quod habet in re, donec sibi satisfiat, retinenda. - Patet ex dictis, in loco Gaji *comm. III. 172.* « quod « debetur pro parte .... recte solvit » bene ab Huschke impleri lacunam, injectis duabus vocibus « debitor volenti » ; ut significetur, debitorem solvere quod debetur posse pro parte, modo creditor velit. Haec enim vera perpetuo regula est, contraria non semper consisteret.

Denique ad liberationem obtinendam non sufficit, rem debitam quomodocumque creditori a debitore fuisse praestitam, nisi ita fuerit translata, ut creditor illam apud se perpetuo possit habere. Etenim ea mente stipulamur nobis, ut quae promissa sunt habeamus firmiter; quique dare promittit, dominium in perpetuum transferre pollicetur. Quapropter si res creditori data, translatumque domi-

nium sit, at jus pignoris favore alterius supersit, non liberatur debitor, et manet creditori jus petendi; quia avocari huic res potest ab eo, qui pignori accepisset, *l. 20., l. 27. h. t.* – Majori ratione solutio non valebit, si creditori nummorum alieni nummi solvantur, *l. 78. eod. tit.* Attamen si creditor sine dolo malo nummos tales, sibi praestitos, consumat, ex. gr. misceat ita aliis suis nummis, ut discerni non possint, incipit contingere liberatio, *l. 17., d. l. 78. h. t.:* data in *l. 17.* ratione « ne, si aliter « observaretur, creditor in lucro versaretur ». Non raro quando negotium fit, quod ut consistat opus est translatione dominii, et res aliena traditur; initio quidem negotium valere nequit, at, re aliena tradita consumta sine dolo malo, convalescit; ne is, qui accepit atque consumsit lucrum injustum capiat. Consumptio hujusmodi supplet translationem dominii, implet defectum quo negotium vitiabatur. Sic in mutuo, si aliena tradita pecunia sit, mutuum initio non consistit; non condictio certi ex mutuo ad repetendum datur ei qui tradiderit, sed rei vindicatio domino. At, consumtis bona fide ab accipiente nummis, non rei vindicatio superest adversus eum, qui neque possidet neque dolo desiit possidere. Hinc ne ipse injuste lucretur, neque id, quod quasi mutuum accepit, restituat nemini, convalescit mutui negotium, et condictio competit, *l. 11.*

§ ult., l. 14. de R. C. - Nec dissimile est id, quod de indebito soluto placuit. Condictionis indebiti exercendae extrema notissima sunt, indebitam per errorem factam fuisse solutionem, nempe dominum, sese debere falso putantem, transtulisse dominium. Jam si pupillus, falsa opinione debiti ductus, sine tutoris auctoritate tradat alicui pecuniam suam, non trasfert dominium (§ 26. not. a); ergo locus non est condictioni indebiti, sed rei vindicationi. Verum eo, qui accepit, nummos consumente, cum rei vindicatio cesset, nec ille iniquo lucro frui debeat, condictio indebiti instauratur, *l. 29. de cond. indeb.* - Denique, ut aliud in re momentosa exemplum adhibeam, dos profectitia est, quae e re paterna proficiscitur; itaque non est talis, si alienos pater dederit nummos; hisce tamen datis atque consumtis, profectitia dos incipit esse, *l. 81. de jur. dot.* Quare probatum est, jus de solutionibus, ex post facto sanandis, superius expositum, non novum esse, neque luculentis exemplis destitui (*i*).

(*i*) Quando non negotium in medio sit, quod invocare et quodammodo recomponere possimus, adversus consumentes bona fide, cum actionem ex negotio, quam demus, non habeamus, condictio sine causa competit, *l. 5. § 18., l. 6. de donat. int. vir., l. 3. C. de cond. ex leg. et sine caus.* Ad casum, ubi non actio ex negotio instaurato, sed tantum condictio sine causa datur, spectare arbitror *leg. 14. de R. C.* et *leg. 9. § 1. de S. C. Maced.* In *l. 14.* Ulp. ex Marcello denegat indebiti condictionem; idem ex Juliano

§ 43. *Solutio (Continuatio) - De effectibus solutionis.*

Notissimus solutionis effectus est, ut principalis obligatio, ut accessoria obligationis, ipso jure perimantur.

Plures existunt obligationes inter easdem personas: solutio fit, verum non ea, quae universis respondeat atque sufficiat. Quaeritur, in quam causam primo loco conferri solutio debeat, scilicet quaenam prior soluta dicenda sit obligatio. Sunt a jure nostro constituti gradus; ut primum electio sit debitoris solventis, in quam causam solutum esse velit; debitore non eligente, ad creditorem accipientem electio transferatur; utroque tacente, ad legis dispositiones res referatur. - Electioni debitoris dari priorem locum, textus aperti sunt, *l. 1.*, *l. 101. § 1. h. t., l. 1. C. eod. tit.* - Porro, debitore cessante, electurum creditorem, cui potius debito acceptum ferat, traditum est in *d. l. 1. h. t., d. l. 1. C. eod. tit.* Certae tamen sunt eligenti creditori regulae praestitutae. Eligere eum debere in re praesenti, nimirum statim atque solutum est, *d. l. 1. h. t.*

in *l. 9. § 1.* concedit condictionem sine causa. Ita componimus; potiusquam cum Cujacio ad inimicitias inter Marcellum et Julianum confugiamus.

Praeterea electionem ab ipso esse faciendam, ut in re sua constitueret; rem debitoris, ut suam, agente *ibid.*: nempe creditorem accipere debere in causam duriorem, qua liberari se, magis intersit debitoris, *l. 3. pr. eod. tit.* Verum tot constricta regulis, inutilis esse ac ludicra creditoris electio videtur. Quod enim causae duriori solutio tribuatur, idem in legis dispositionibus, quas ultimo loco invocamus, esse et contineri videbimus: eccui bono interjecta illa creditoris electio, quae his ipsis juris dispositionibus regitur? - Resp. Notandum est, quod Tribonianus referens in *l. 1.* et *l. 3. h. t.* fragmentum Ulpiani, de creditoris electione tractantis, abrumpit illud, interposito Florentini loco in *l. 2.*, tali « Dum in « re agenda hoc fiat, ut vel creditori liberum sit « non accipere, vel debitori non dare, si alio no- « mine exsolutum quis eorum velit ». Cum enim ex natura solutionis, quae duorum voluntate conficitur, dependeat, non invitum solvere posse, neque solvi posse invito; hinc prima illa regula fluit, quod in ipso actu solvendi, quando voluntates concurrunt, creditori electio permittatur, non postea. Hinc etiam descendit regula altera, qua monetur creditor, ut talem electionem faciat, de qua consensum debitoris possit sperare. - Scilicet quando debitor est qui eligit, et assignat solutioni suae causam duriorem, creditoris dissensum timere non de-

bemus: cum enim, refragante creditore, apertum debitori sit offerre ac deponere (§ 44); abstinebit inutili obstaculo creditor, aut oppositio, siquae fiat ab eo, per oblationem ac depositionem ad nihilum continuo redigetur. Sed quando electionem creditor assumit, utique nihil obstat, quominus enuntiet leviorem, quae sua magis interesset, causam; sed valde timendum ipsi est, ne repudiet eam debitor, atque ita solutio omnis evanescat. Quod enim creditoribus ad debitores cogendos statutum est medium, lis nimirum atque judicium, neque ita, uti oblatio ac depositio, facile est, neque adeo securum, ut ejus intuitu non obstaturum debitorem, certum sit, aut obstaculum illico dissipari queat. Itaque Ulpiani, in duriorem causam eligendum creditori esse tradentis *l. 1.* et *l. 3. pr.*, admonitio potius, quam praeceptum est. Tentet, si velit, creditor causam leviorem, et in hoc datae electionis utilitas consistit; sed, cum electioni hujusmodi facile sit debitor obstaturus, securius accipiat in duriorem causam, de qua consentientem certe inveniet debitorem.

Denique, si neuter eligat, lex operatur. Firmat lex id, de quo possit eorum, qui solutionem peregerunt, praesumi consensus; nempe constituit, in causam duriorem solutionem fuisse perfectam. Exempla duriorum causarum exponuntur praecipue

in *l. 3. § 1., l. 4., l. 97. h. t.;* obligationum, quae cautionibus fidejussorum vel hypothecarum confirmentur, earum quarum dies venit etc. (*a*). Quod si nullum e debitis praegravare inveniatur, in antiquius solutio praefertur, quodammodo enim gravius est, diu in debito stare, *l. 5. pr., l. 97., l. 102. § 2. eod. tit.* Denique in pari penitus causa cuique debito pro portione solutio tribuitur, *l. 8. eod. tit.* - In naturalia debita lex solutionem non confert, donec civilia existant, ad quae possit solutio ipsa referri : illorum enim solutio liberae et certae voluntati debitorum relinquitur, *l. 5. § 2., l. 94. § 3., l. 101. § 1. h. t.*

Huc usque de vera solutione loquuti sumus, de qua dubitetur, cuinam obligationi debeat referri. Diversum est, si ei, qui plures habeat, crediti causas, non solutione vera, sed pretio ex venditione pignoris, quod datum ipsi fuerat, redacto satisfiat. Distinguendi sunt casus.

Primo: Unum erat vere creditum. Hujus una pars per fidejussionem datam securum erat, alia ve-

(*a*) Tamen si obligatio sit, ex qua usurae debeantur, antea in usuras solutio convertitur; quamquam gravior sit causa sortis, unde aliae atque aliae usurae generabuntur, *l. 5. § 2. 3. h. t., l. 1. C. eod. tit.* Ratio in moribus patrumfamilias, qui usuras solvere ante sortem solent. Romani Kalendis usuras praestabant; unde liber argentariorum, ubi usurarum notae scribebantur, dicebatur kalendarium.

ro pars tali fidejussionis securitate carebat. Tunc si pignus, quod certe intuitu partis non securae additum fuit, creditor vendat, poterit pretium in id, quod solus debebat reus, accepto ferre, *l. 73. h. t.*: id enim intentioni, qua pignus contractum fuit, convenit. Secus esset, ut ex supradictis patet, et repetit Marcellus *d. l. 73.*, si debitor solvisset; tunc enim in causam duriorem, nempe in partem obligationis fidejussione firmatam referri solutio deberet (*b*).

Secundo: Plures obligationes sunt, quibus firmandis unum datum fuit pignus. Nulla tunc, vendito pignore, electio est; quia praeventum conventione fuisse videtur. Si enim de utroque insimul debito datum pignus sit hoc ipso statutum esse videtur, ut cautio utriusque pro portione esset; consortioni subjectum pignoris pretium judicamus, quod pro modo pecuniae cujusque contractus creditor accepto facere debet, *l. 96. § 3. h. t.* Quod si discretis temporibus pignus idem duobus creditis fuerit assignatum; tunc quo tempore datum est pro altero, videtur superfluum obligari; hinc prius debitum pretio pignorum jure solvetur, secundo superfluum

(*b*) Quod diximus (not. a), prius in usuras tribui pecuniam, postea in sortem, id in casu creditoris, qui pignus ob creditum acceptum vendat, dicendum est fortiore ratione. *l. 35. pr. de pign. act.*

tribuetur, *ibid.* - Eadem dicentur, si unum civile aliud naturale debitum esset: non excludetur naturale, quominus de eo, pro variis illis mensuris, ratio habeatur. Quando enim de ipso quoque pignus datum fuit, agnovit debitor, perinde illud quoad pignus haberi debere, ac si civile esset, *l. 101. § 1. h. t.* Diverse, atque obtinere vidimus quando debitor solvat; tunc enim nisi debitor naturale debitum agnoscat in solutione, non haec, donec ad civile referri queat, naturali debito tribuitur. Idem evincit Ulpianus *l. 5. § 2. h. t.* (c).

(c) In elaboratissima editione Pandectarum, quam nuper protulit cl. Mommsen, locus Ulpiani in *l. 5. § 2. h. t.* a quaestione nostra de vendito pignore omnino abduci, et ad superiorem de solvente debitore quaestionem penitus referri vellet, adscripta nota. Movetur adnotator verbis illis « quod solvitur in usuras », quasi ea non de creditore pretium redigente, sed de solutione tantum debitoris, concipi possent. Verba autem alia « cum distractis pignoribus creditor pecuniam redigit » aut delenda putat, aut destituta mansisse verbis aliis posterioribus, ad quae vere ea pertinerent. Verum ne sententiam hanc sequamur, auctoritas Codicum omnium dimovet. Praeterea quod non satis bona decisio in textu resultaret. Si enim solveret debitor, omnino in usuras naturaliter debitas solutio referenda non esset; quia in hujusmodi casu ad naturale debitum respiciendum non esse probavimus, neque tantus usurarum favor est, ut exceptionem de illis faciamus, *l. 94. § 3.*, *l. 101. § 1. h. t.*, hac *l. 5. § 2. fi.* Incisum autem illud objectum ita explicare possumus, glossam secuti: Quod, ab emtore pignoris solutum, imputandum est usuris juxta regulas juris nostri. Ulpianus nonnisi in *vers. sed si forte* incipit producere rescriptum Imp. Antonini cum divo patre suo, quod spectat ad casum solutionis a debitore factae. - Itaque priori parti *dict. § 2.* species haec ap-

§ 44. *Oblatio et depositio.*

Creditores a debitoribus, rem, vel pecuniam debitam praestare paratis, accipere nolle, non raro

ponenda est: Duo erant contractus; ex uno per stipulationem civiliter, ex alio per pactum naturaliter usurae debebantur. Discretis temporibus datum est pignus de utroque: illud postea distrahitur a creditore; quaeritur de pretio redacto, quomodonam tribuendum sit. Certe etiam naturaliter debitis usuris tribui poterit, utpote quae firmatae pignoribus et ipsae supponuntur, et quoad pignus habentur perinde, ac si civiliter deberentur. Bene autem rescriptum est, « non pro rata » omnium obligationum fieri distributionem debere; cum enim pignus non eodem tempore datum fuerit, non videtur consortioni esse subjectum, *l. 96. § 3. eod. tit.* Id extra disputationem ponendum est. Quemadmodum etiam certum est, usuras sortibus in imputatione esse praeferendas (not. a. b). Adhuc tamen dubitari potest, utrum usurae ita praeponendae sint, ut unaquaeque praeferatur sorti suae, an ita, ut ambae sortibus ambabus anteferantur. Regula *l. 96. § 3.* simpliciter inspecta, prima methodus deberet induci ita, ut primum ratio habenda esset usurarum ejus debiti, quod prius pignore firmatum fuit; inde sortis debiti ipsius; porro usurarum debiti alterius, cui superfluum pignoris obligatum est; deinque sortis hujus. Sed ita fieret manifeste, ut usuris quibusdam post aliquam sortem sat'sfieret. Visa est obstare regula, ex moribus deducta, de usuris omnino praeferendis: ac statui coepit, usuras utrasque in calculo praeponi debere. Utique adhuc quaeri subtiliter poterat, an usurae primi debiti anteferendae essent usuris debiti alterius; at, sublatis semel usuris secundi debiti e gradu, quem solita regula *l. 96. § 3.* ipsis assignavisset, o re esse visum est, ne subtiliores instituerentur de gradibus faciendis inquisitiones. Aequaliter ad utramque usurarum causam proficere quod solutum ab emtore pignoris fuerit, rescripserunt Imperatores. Atque ita prior pars *dict. § 2.* conciliatur *leg. 96. § 3.*

contingit. Tunc fuit jure civili designanda methodus, qua nemo invitus in obligationis vinculo retineretur. Data est debitori offerendi facultas, sique debitor recusaret, obsignatam rem deponendi in aede sacra, aut in alio loco, quem competens judex constituerit, *l. 19. C. de usur.*

De oblationis effectibus graviter dubitatur, utrum liberatio debitoris contingat statim ac injuste recuset creditor, aut per eumdem stet quominus accipiat; an etiam consignatae pecuniae depositio accedat necesse sit ad hoc, ut effectus liberationis obtineatur. Illud suadere videntur *l. 105. de V. O.* et *l. 72. pr. de solut.;* istud autem *l. 12. C. de compens.*, *l. 19. C. de usur.* Et in puncto usurarum, ut currere desinant, simplicem oblationem sufficere, deducitur ex *l. 122. § 5. de V. O.*, et ex *l. 6. C. de usur.* « usuras ex eo tempore, « quo obtulisti, praestare non cogeris »; at e converso requiri etiam consignationem ac depositionem, firmant *l. 1. § 3. de usur.*, *l. 28. § 1. de admin. et peric.*, *l. 19. C. de usur.*

Res per distinctionem expedienda est. - Effectus obligationum ordinarius consistit in satisfaciendi debito; et in accessoriis debiti ipsius, nimirum in perseverante cursu usurarum, praesertim conventarum. in subsistentia pignorum ac fidejussionum. Ad hoc, ut effectus hujusmodi cessent, ple-

na indicata a jure civili via est, plene observanda: oblatio, tum obsignatae pecuniae depositio, *l. 9. C. de solut.* Hinc non antequam haec omnia perfecta sint, pignora liberantur, *l. 12. C. de compens.*, *l. 19. C. de usur.*, neque cessant usurae sive ex conventione debitae, sive ex lege (exceptis illis, quae ex mora proprie dicta debentur, de quibus inde videbimus), *l. 9. vers. quod si, C. de usur.*, *d. l. 19. C. eod. tit.* (*a*). Et huc referendae sunt etiam *l. 1. § 3. de usur.*, *l. 28. § 1. de admin. et peric.* - (*b*).

Alii sunt obligationum effectus accidentales quoad moram, quam inivit, vel quam inire poterat debitor. Morae autem effectus oblatione sola excluduntur; neque enim, offerente debitore, interpellatio creditoris, quae moram inducit, utilis esse potest. Quare oblatio simplex impedit, quominus mora fiat, initam vero purgat, atque in creditorem convertit (§ 31). Hinc quod periculum debitoris antea, morae causa, fuisset in specie debita, per oblationem transfertur in creditorem, *l. 8. pr. de cond. furt.*, *l. 73. § 2.*, *l. 91. § 3. de V. O.*, *l. 72. pr. de solut.* Item in creditorem volvitur periculum. quod in debitis alternativis, et generis, debitoris esse

(*a*) Adde *l. 7.*, *l. 41. § 1. de usur.*

(*b*) In *l. ult. C. de usur. pupill.* singularis providentia proponitur in casu, quo illiquidae, uti ajunt, essent usurae.

solet etiam sine mora, *d. l. 73. § 2., l. 105. de V. O., l. 39., d. l. 72. pr. de solut.* (c). Pariter oblatione tolluntur poenae quaelibet, quae ex mora deberi possunt, *l. 23. § ult., l. 24. de receptis*. Tum etiam usurae illae, quas mora generat, sive ipso jure, *l. 6. C. de usur.*, sive ex conventione, *l. 9. vers. si per te, C. eod. tit.*: et huc referenda est *l. 122. § 5. de V. O.*

§ 45. *Compensatio.*

Compensatio, definiente Modestino *l. 1. h. t.*, est debiti et crediti inter se contributio. Ego tibi debeo, tu mihi; debita et credita pensantur, atque ad concurrentem quantitatem mutuo eliduntur.

De compensationum historia, quaenam ante Justinianum fuerit, non facilis disquisitio est. Justinianus *§ 30. I. de action.* ait, jure antiquo judices ex bono et aequo in judiciis bonae fidei rationem habuisse compensationum; ita, ut si actor quantitatem petiisset, at invicem ab ipso aliquid reo convento praestari oporteret, eo compensato, condemnarent de reliquo illum, cum quo actum es-

(c) Non obstat *l. 19. C. de usur.* « quo subsecuto (oblatione simul « et depositione) etiam periculo debitor liberabitur ». Philippus methodum indicat plenae liberationis ad omnes effectus. Recenset etiam effectum hunc: non excludens, eumdem per solam oblationem obtineri posse.

set. Unde duo colliguntur. Primum, non ipso jure olim, sed ope exceptionis, compensationes fuisse factas. Si enim vix, ac nata invicem credita essent ac debita, ipso jure extincta ad concurrentem quantitatem fuissent; actor ipse in formula petenda, ut minutionis ratio haberetur, curare debuisset, ne plus debito peteret, et causa omnino caderet. Deinde, vetusto tempore in solis judiciis bonae fidei compensationes admissas fuisse. De hoc tamen subdit Justinianus, D. Marcum rescripsisse, ut ea exceptio etiam in judiciis stricti juris posset opponi. - Denique Justinianus ait in *d. § 30.*, antiquum jus a se omnino mutatum esse; sese voluisse, ut compensationes ipso jure fierent, idque tam in bonae fidei quam in stricti juris judiciis, tam in personalibus actionibus quam in realibus. Latissimus ergo et validissimus effectus est compensationum usus. Solum innuit Justinianus *§ 39. I. eod. tit.*, debere credita ac debita ex eadem causa, nempe ex eodem contractu nasci; quasi opponi quidem compensatio possit si ex. gr. ex contractu eodem societatis socius socio ad invicem debeat, non autem si tu mihi ex societate debeas, tibi ego debeam ex emtione.

Verum tam id, quod Justinianus dicit in *§ 30.*, ante se non ipso jure factas fuisse compensationes, quam aliud, quod subjicit in *§ 39.*, debere credi-

ta et debita ex eadem causa nasci, impingunt apertissimis textibus. Paulus *l. 4. h. t.*, relatis etiam antiquioribus duobus, Pomponio et Neratio, rotunde scribit, ipso jure operari compensationes, et, quod consequens est, male petere, qui totum petit, dum pars crediti erat compensata. Eademque repetit ipse Paulus in *l. 21. eod. tit.* Concinit Alexander *l. 4. C. eod. tit.*; ex eo tempore, quo invicem pecunia deberi coepit, ipso jure pro soluto haberi, atque usurarum cursum cessare. Denique Paulus *sent. II. 5. 3.* et ipso jure operari compensationes, et etiam ex causa dispari, diversoque contractu, nata credita pensari tradit.

Ex Gaji commentariis, quaenam veritatis via tenenda sit, maxime docemur. Jam Paulus *d. l. 21. h. t.* lites anteriores indicat, suo tempore compositas, utrum ipso jure an ope exceptionis compensationes perficerentur. Ex eo autem, quod Paulus ipse *d. l. 4.* Neratium proculianum invocet, compensationes ipso jure fieri sentientem, conjicere possumus hanc Proculianorum fuisse sententiam, contrariam autem Sabinianorum de compensationibus per exceptionem opponendis (*a*). Scilicet diverse rationem compensandi hi atque illi considerabant. Sa-

(*a*) Simplex haec de scholis conjectura est, quae nihil mutat in tractatione rei: dissensio fuit certe inter I. Ctos; solitis eam duorum scholarum litibus non sine indicio tribuimus.

biniani nullam aliam rationem esse putabant; quam quod bonae fidei non conveniret, aliquem judicio persequi quantum ex ipso peti eodem in judicio posset per mutuas illas petitiones, quas romani adhibebant in litibus suis (*b*). Nimirum reus conventus aliquando aliam actionem contra actorem, mutatis vicibus, convertere potest coram eodem judice. Modo jure utatur cum actione principali connexo. Modo judicium bonae fidei sit, utpote quod recipere potest quicquid alterum alteri ex bono et aequo praestare oportet, arg. *Gaj. III. 137.* (*c*) ita, ut duas obligationes reciprocas complectatur. Haud aequitati conveniens esse Sabiniani animadvertebant, aliquem id exigere agendo, quod in ipso judicio per reconventionem posset ab eo peti vicissim : inde compensandi jus deducebant (*d*). Hinc Sabiniani compensationem non uti legitimum extinguendarum obligationum modum considerabant, qui solutioni posset comparari ; ex mera aequitate natam, exceptione opponendam judicabant. Eademque ratione, nonnisi in bonae fidei judiciis, nonnisi credita ex causa communi nascerentur, compensationes recipiebant ; quia mutuae illae petitiones, quarum intuitu ratio

(*b*) Hodie ex jure canonico reconventiones nuncupamus.

(*c*) Concinit Cicero de *offic. III. 17.*

(*d*) Vestigia hujus relationis inter mutuas petitiones, atque compensationes, esse videntur in *l. 6. C. h. t.*, *l. 1. C. rer. amotar.*

aequitatis valebat, talibus indigebant extremis. - At Proculiani (not. a) perpendebant primo loco aequitatem, quod inanes circuitus vitandi essent; ineptum fore, si tu mihi centum, centum ego tibi numerarem, quae ob quantitatum naturam una essent eademque. Verum hoc posito, non in mera hac contemplatione aequitatis manebant, sed per fictionem ad legitimos modos extinguendarum obligationum compensationem redigebant. Fingebant solutiones: te, tua centum retinentem, centum mea habuisse videri; ac viceversa. Revocata ad solutionem, compensatio ipso jure operabatur juxta Proculianos, in omnibus obtinebat judiciis, atque etiam tunc admittebatur, quando credita diversam causam haberent.

Conjecturae hae, quae, nisi quid nos fallit, firmae satis videntur, roborantur ex Gajo. Jurisconsultus e schola Sabinianorum in *comm. IV. § 61-68.* jus de compensationibus juxta horum sententiam exponit; ope exceptionis proponi eas; in solis bonae fidei judiciis; solum si ex eadem causa credita exoriantur. Quum vero nihil dicat de contraria sententia, uti de rebus adhuc disceptatis solet, sequitur, sententiam illam aetate Gaji praevaluisse. Unum monet de argentariis singulare; ut si quod ipsi, natum ex negotiationibus suis, creditum persequerentur adversus talem, cui simul aliquid deberent, tanto minus comprehendendum erat in intentione formu-

lae, ne causa caderent. Erat casus, quo praevaluerat sententia Proculianorum (*e*).

At paulo post quam Gajus scripsisset commentarios suos (*f*), D. Marcus receptam Sabinianorum sententiam mutare coepit, atque ad aliam Proculianorum accedere. Non expressit quidem D. Marcus, compensationem jam fieri ipso jure debere: introduxit tantum, ut etiam in stricti juris judiciis ipsi locus esset, opposita tamen exceptione, *§ 30. I. de action.* Verum, hoc admisso, subversa ratio est, quam a Sabinianis in compensationibus inspectam fuisse exposuimus; et jurisprudentia ad Proculianos discessit. Debuit enim necessario illud recipi, ut etiam tunc admitteretur compensatio, quando credita ex causa diversa nascerentur, Paul. *sent. II. 5. 3.* Quoniam stricti juris negotiorum unilateralis, ut ajunt, natura est; nec fieri potest, ut mutua,

(*e*) Diversa erat natura deductionum, cum quibus bonorum emtor agere debebat, ab indole compensationum. Illae etiam inter res diversi generis fiebant; ita, ut si pecuniam peteret bonorum emptor, et invicem frumentum aut vinum is deberet, deductioni locus esset, *Gaj. III. 65. 66.*

(*f*) Aut integros, aut saltem tres posteriores commentarios scripsisse Gajus videtur aetate Marci: sed certe ineunte hujus imperio; nam de his, quae D. Marcus de lege Plaetoria, de cretione, de vadimoniis constituit, mentionem non facit. - Tamen Gajus sententiam eamdem de compensatione ope exceptionis opponenda tenuit etiam quando Edictum provinciale interpretatus est; quod post commentarios conscriptos praestitisse videtur, *l. 5. h. t.* Vide (not. *g*).

quae compensentur, credita ex illis nascantur. Denique universae Sabinianorum sententiae brevis vita superfuit. Jam Pomponius, qui aetate Marci floruisse videtur, compensationes ipso jure fieri admisit, teste Paulo *l. 4. h. t.* (*g*). Tempore Pauli jam placuerat inter omnes, id, quod invicem debetur, ipso jure compensari, *l. 21. eod. tit.* Et Alexander, cujus imperium incidit in aetatem Ulpiani, mutua debita pro soluto haberi rescripsit, vix ac utrinque nascuntur, *l. 4. C. eod. tit.*

Tam jure vetustiore, quando Sabinianorum vigebat opinio, quam recentiore Proculianis amico,

(*g*) Species fit in *l. 4.* de fidejussore, a quo petatur, non facta compensatione ejus quod actor reo principali vicissim deberet; male peti, Neratius, Pomponius, Paulus constituunt. Non convenit prorsus sequens *l. 5.* Gaji *lib. 9. ad ed. provinc.*; ubi fidejussori convento electio datur vel compensandi ejus quod sibi, aut ejus, quod reo principali debebatur, vel etiam utriusque; ecquid enim ille eligat, si, vel uno opposito, causa cecidisset actor? Certe Gajus talia scripserat, quia ipsius opinio erat, non ipso jure operari compensationes. Tribonianus autem locum ejus fragmento Pauli subjecit eo consilio, ut doceret, posse fidejussorem compensandi causa adhibere credita rei principalis: neque id detraxit, quod contradicere Paulo aliisque videbatur; quia suo tempore non amplius qui plus peterent causa cadebant. Simile quid dicendum est de *§ 39. vers. compensationes, I. de action.*; ex Gajo certe desumpta *comm. IV. 61.*, nimirum ex prima hujus *§ 61.* parte, quae deperiit. Exprimit dicta *§ 39.* id, quod verum non erat, quando non solum compensationes ipso jure operari placuerat, verum etiam plus petentes causa cadebant: at tempore Justiniani verum denuo factum est, quando, licet compensationes ipso jure fierent, tamen plus petentes non amplius amissione litis puniebantur.

retentum fuit, in judiciis realibus compensationi locum non esse. Tenebas injuste nummos meos; debebam tibi ex contractu totidem; compensare non poteras. Tanta fuit veneratio dominii, ut tu omnino corpora mea restituere deberes, aliter damnationem passurus; peteres a me, quod deberem, separato judicio. - Id tamen scrupulum sapiebat. Admissa praesertim solutionis fictione in compensationibus, idonea ratio non erat, cur hae non ad realia etiam judicia pertinerent: solutio enim, quae fingitur, juris cujusque perimendi vim habet ac potestatem. Hinc Justinianus sustulit exceptionem hujusmodi, atque etiam in realibus actionibus admisit compensationem: nempe ipso jure perficiendam; quod conveniebat juri post D. Marcum recepto, *l. ult. pr. C. de compens.*, *§ 30. I. de action.* - Id unum est quod novum a Justiniano introductum fuit. Peccat Imperator in *d. § 30.*, quando, exposito jure vetustissimo de compensationibus ope exceptionis opponendis, mutationes tacens a jurisprudentia inductas, et ad Constitutionem suam continuo desiliens, compensationes ipso jure jam fieri, incipit dicere. Quasi per aequivocam narrationem auctorem sese novitatis hujus posteritati venditare voluerit: quod quidem, ut libere dicam, non semel ab orientali Imperatore, aut ab assentatoribus ejus, praestitum est. Magis autem peccat, quando in *§ 39. I. eod. tit.*

ait, credita ex eadem causa oriri oportere, ut compensentur; quod jamdiu fuerat sublatum. Erroris, jam a Theophilo notati, occasio fuit, quod, translato in paragraphum illam loco Gaji *comm. IV. 61.*, cautum non sit a tribus illis vocibus « ex eadem « causa », quae ad jus jam obliteratum pertinebant.

Quando per formulas litigari desiit, cessavit extrinseca diversitas, qua ejus, quod ipso jure operatur, ab eo, quod ope exceptionis opponitur, distinctio manifestabatur. Qualis erat, ut quod per exceptionem opponendum esset, in formula interdum exprimi deberet; non autem ejus, quod ipso jure obtineret, ulla ibidem esset expressio facienda; uti, hoc cap. VI ineunte, observavimus. - Praeterea cessavit antiquus ille adversus plus petentes rigor; Justiniano denique constituente, eum, qui majorem debita summam peteret, non causa cadere, sed solum de damnis, quae reus conventus idcirco passus esset, hunc reficere debere, producta ad triplum aestimatione, *l. 2. § 2. C. de plus petit.* Quare si quis, ratione compensationis non habita, integrum persequatur, litem hodie non amittit, quamquam, opponente reo, aliquid ex petitione detrahendum esse, judici appareat. - Non tamen ideo putandum est, inanem factam esse inquisitionem, utrum ipso jure compensatio, an ope exceptionis fiat. Restant enim effectus inductae ipso jure com-

pensationis, qui non essent, si per exceptionem tantum haec deduceretur. Utputa si ad usuras tenearis centum a te debitorum, vix ac invicem tibi quinquaginta, licet sine usuris, deberi coeperunt, cessant in concurrentem quantitatem usurae deberi; quia soluta quinquaginta esse videntur. Si creditum ad quinquaginta extinctum non esset ipso jure, et solum exceptionis promovendae efficaciam compensatio haberet, usurae deberi perseverassent, *l. 4. C. h. t.*

Verum in tractatione de compensationibus semper memoria tenendum est, primo eas ex aequitate inanis circuitus vitandi fuisse generatas. Accessisse fictionem solutionis, quae idcirco fictionum naturam ita conservat, ut cesset, quotiescumque repugnaret aequitas, cujus causa fuit excogitata. Hinc datam aliquando compensationem, aliquando denegatam videbimus, quae deneganda vicissim aut concedenda fuisset, si veram ipsa solutionem contineret. — Ecce si ego et tu simus duo rei debendi erga tertiam personam, haec autem debeat vicissim tibi; ego, qui forte compellor, credito tuo ad compensandum uti non potero, *l. 10. de duob. reis*. Si verae solutioni aequiparanda esset reciproci crediti nativitas; eo ipso, quod te inter, ac tertiam illam personam, nata credita fuerunt, solutio intercessisset, neque a me peti amplius posset, quoniam solutio correi

unius liberat et alium. At aequitas refragatur. Neque enim circuitus ille inanis contingit, qui compensationum aequitatem induxit. Certe si natura correitatis ea esset, ut qui solvit posset a correo repetere; tunc ambages fieret, me creditori communi, hunc tibi, te mihi solvere; et compensatio reciperetur. Sed repetitio in genere correo adversus correum denegatur (§ 22); res in eo manet, ut ego creditori communi solvam, ipse solvat correo; neque per circuitum ad me pecunia revertitur: hinc excluditur compensatio. Atque ex his intelligitur, cur Papinianus *d. l. 10.* excipiat casum, quo inter correos adsit societas ita, ut et debitum commune erga tertium, et creditum quo tu in eumdem potiris, ad societatem pertineant. Cum enim in tali casu sint inter nos duos damna et lucra communicanda; optime ego compulsus creditum, quod utrique nostrum prodest, objiciam, ne solutionem faciam, quae utrique nostrum noceret. Communi debito creditum commune compensare, inanis circuitus justa amotio est. - Contra fidejussor, judicio compulsus, non solum quod sibi, verum etiam quod reo principali debetur, opponere potest, *l. 5. h. t.*, ne ipse actori, is reo principali, reus principalis fidejussori solvat per circulum. In hoc casu, suffragante aequitatis ratione, fingitur solutio; jam-

vero, solvente reo principali, certe fidejussor etiam liberatur.

Manifestum est, compensationes, licet ipso jure operentur, opponi a reo convento debere; neque enim divinare potest judex. Quod quidem saepissime in jure nostro traditum, *l. 2., l. 5., l. 9. § 1. h. t., l. 6., l. 7., l. 8. C. eod. tit.*, si nimia sedulitate repetitum videatur; vel auctoribus eorum locorum tribuendum est, qui ope exceptionis compensationem esse opponendam adhuc sentiebant, vel usui loquendi, qui tunc introductus est quando compensationes per exceptionem opponebantur, et, mutato jure, servatus est, utpote innocuus, atque oppositionem, a reo convento etiamnum faciendam idonee significans. - Jam pone, reum conventum de compensatione tacuisse, atque ita de universa pecunia ab ignaro judice fuisse damnatum. An separata, ad creditum suum spectante, actione petere poterit? an opponere poterit compensationem actori promoventi actionem judicati? Affirmat Ulpianus *l. 7. § 1. h. t.*, tum Antoninus *l. 2. C. eod. tit.* Rursus a vera solutione discrimen est; de qua si tractaretur, obesset resjudicata petenti, atque adversus actionem judicati sumi exinde oppositio non posset. Etenim quando judex sententiam pronunciat, et condemnat vel absolvit, de extremis omnibus, ad condemnandum vel ad absolvendum necessariis,

implicite judicat. Cum autem absentia modorum omnium legitimorum perimendae obligationis, necessarium extremum sit, ut agnosci debitum, ac debitor condemnari queat; tum qui judex agnoscit et damnat, judicat hoc ipso, solutionem factam non fuisse. Compensationem etiam removeret, si veram ea contineret solutionem. At compensatio de sui natura modus non est resolvendi debiti legitimus, siquidem ex mera aequitate coepit originem suam; solum ex sententia Proculianorum, recentiori aetate recepta, per fictionem solutionis, flexa est ad modos legitimos. Fictiones autem non exagerari, neque contra rationem, qua inductae sunt, converti debent. Cavendum est igitur, ne fictio noceat ei, qui jus compensandi habet; cujus nimirum favore introductum est, ut quod jus in mera aequitate vere residet, ad solutiones flexum, fiat efficacius. Ergo non habebitur compensatio pro modo legitimo, eo intuitu, ut judex, illum, qui opponere potuisset et non opposuit, condemnans, excludere eam implicite visus sit, ne amplius exercere creditum suum ille ipse possit, neve compensationem serius adversus judicati actionem objicere.

At siquis, justa compensatione non opposita, solverit etiam debitum suum, neque ei placeat actionem, ad suum creditum pertinentem, exercere, potest condicere, quasi indebito soluto, *l. 10. §. 1.*

h. t. Rursus compensatio ipso jure valet, atque aequiparatur solutioni; quo fit, ut posterior solutio quasi indebita ac repetita censeatur, et possit condictio exerceri. Hic enim, ubi agitur de adjuvando illo, qui compensandi jus habet, cujusque favore solutionis fictio inducta fuit, in fictione hac juste manemus.

Vulgata sunt extrema, quae sunt inducendae compensationi necessaria. Verum esse debet illud, quod opponitur, creditum, naturali etiam sufficiente (§ 26): purum praeterea, ne indirecte quis ad id repraesentandum adigatur, cujus dies aut non cessit aut non venit. Debent easdem inter personas credita existere ac debita, ne illud iniquitatis admittatur, per consumptionem crediti alieni opponentem liberari, *l. pen. h. t.* Debent res fungibiles, ejusdemque naturae, in objecto esse crediti utriusque; aliter enim aliud pro alio creditores accipere per injuriam cogerentur.

Aliquando, extrema licet solita existant, compensatio non admittitur. Observatur id primo in quibusdam fisci aut civitatum creditis, a jure nostro recensitis, quae publicam utilitatem propius pertingunt, maxime vero quae ad tributa ac vectigalia spectant: adversus fiscum, aut civitatem, talia persequentem, nequit adhiberi compensatio, *l. 46. § 5. de jur. fisci, l. 3. C. h. t.* - Praeterea

quando quis interdicto Unde vi repetat momentaneam possessionem, qua per rapinam, furtum, aliterve injuria, dejectus fuit; nulla, ne ex compensatione quidem deprompta, objectio valet: publice enim refert, illum ante omnia restitui, ceteras disputationes omnes ad sua judicia remitti, *l. ult. fi. C. h. t.* - Neque commendatas res actione depositi repetens patitur compensationem; etenim ob fidem a depositario religiose servandam « aliquid compen« sationis nomine opponi, sane iniquum esse cre« dimus » *§ 30. I. de action.*

Utrum domino, actione commodati rem repetenti, possit opponi compensatio. quaeritur. Gajus *l. 18. § 4. commod.* jus pensationis admittere videtur. Commodatarius in re commodata necessarias impensas fecit: certe potest actione contraria commodati persequi commodantem dominum, ut pecunia sibi restituatur. Contigit, commodatarium actione tali usum non esse; dominum egisse actione directa ad rem repetendam. Tum commodatarius excipere de impensis necessariis; ac velle ex causa impensarum rem retinere. Id ipsi Gajus apertissime concedit; atque ait, posse eum habere salvum quod impendit jure pensationis. - Obicem parant Diocletianus et Maximianus *l. ult. C. de commod.* «Prae« textu debiti restitutio commodati non probabili« ter recusatur ». Evidens adeo quibusdam anti-

nomia videtur, ut in textu Codicis detractae voci « commodati » aliam « commendati » subjiciant; atque dispositionem, a commodato remotam, revocent ad regulas de deposito singulares. - Salvo tamen textu, retentionem a compensatione distinguendam arbitramur; illam a Gajo concedi, hanc denegari a Diocletiano et Maximiano. Jus retentionis qui opponit, non absolute restitutionem denegat, sed restituendam rem fatetur, suspendens tantum, donec sibi de suo jure satisfiat. Quo patet, quantum retentio a compensatione differat, per quam restitutio penitus recusatur. Sunt autem casus, in quibus jus quidem retinendi est, compensandi abest. Ecce in deposito. Vidimus, prae fide singulari debita, non posse depositarium, opposita compensatione, restitutionem omnino denegare. At si is in deposita re necessario impenderit, nulla ratio est, cur adversus repetentem dominum simplici retentione uti nequeat; ceu bene Vinnius post Glossatores defendit. Non enim retinendo inficiatur restitutionem, neque fidem turbat, qui ad illud temporis restitutionem remitti desiderat, quo dominus fidem praestet vicissim, restitutaque pecunia, lucrum damno depositarii sui cupere desinat. Sic in casu commodati. In commodato, quod de rebus non fungibilibus contrahitur, compensatio idcirco recipi nequit. Eam namque in his tantum, quae numero,

pondere, mensura constant, concipi notissimum est, nosque superius memorabamus. Hanc excludunt Imperatores; absurdam idcirco, non probabilem esse notantes. Toto caelo diversum est, si ob impensas in rem collatas, sive ob damna ex re eadem accepta, retinere simpliciter velit commodatarius, ne restituat, quousque de illis non reficiatur. Justissimum id, id contractus fidei convenientissimum admittit Gajus. Quin turbet pensationis nomen a Gajo adhibitum; compensationis enim vocabulum aliquando pro contributione, pro deductione, tum pro retentione accipi ob vicinitatem notionum, compertissimum est, *l. 66. § 1. sol. matrim.* (*h*).

§ 46. *Novatio.*

« Novatio est prioris debiti in aliam obliga-
« tionem vel civilem, vel naturalem transfusio,
« atque translatio: hoc est, cum ex praecedenti
« causa ita nova constituatur, ut prior perimatur.
« Novatio enim a novo nomen accepit et a nova
« obligatione » *l. 1. pr. h. t.* Nova autem obligatio esse intelligitur, sive objectum debiti varietur; sive nova debendi causa, titulus, contractus substituatur. ex. gr. ex mutuo in stipulationem de-

(*h*) Firmat explicationem nostram Paulus *l. 15. § 2. de furtis.*

bitum convertatur, arg. *l. 6. § 1., l. 7. h. t.*; sive personae mutentur, alio inducto vel creditore vel debitore. Novatio, quae per mutationem personarum fiat, delegatio dicitur; expromissio autem proprie, quae per substitutionem novi debitoris (*a*). - Certa autem esse debet in obligatione nova ineunda, veteris perimendae voluntas; de qua si dubitetur, cumulatae obligationes duae videbuntur potius, quam prior per alteram extincta censeatur; *l. 2. fi. h. t.*, et passim. Cum tamen de pluribus casibus anquireretur; Justinianus *l. 8. C. h. t.* omnino exprimendam voluntatem illam esse constituit « nihil pe« nitus prioris cautelae innovari, sed anteriora « stare, et posteriora incrementum illis accedere, « nisi ipsi specialiter remiserint quidem priorem « obligationem, et hoc expresserint, quod secun« dum magis pro anterioribus elegerint » (*b*).

In declaranda novationis et solutionis tum relatione, tum differentia, integra de illa tractatio

(*a*) Aliquando tamen, novationi, quae aliter quam per variatas personas fiat, expromissionis nomen datum invenimus, *l. ult. de S. C. Maced.*

(*b*) Numquam igitur novatio admitti debet, constituente Justiniano, nisi voluntas novandi fuerit expresse pronunciata; forma expressionis, atque verborum, requisita est omnino, ita, ut ne quidem ex eo, quod actum esset, manifestata voluntas sufficeret. Constitutio clara est: quicquid aliqui dissentiendo disputent. Usus tamen plurium locorum admisit tacitas novationes, modo de voluntate constaret; atque ita constituit Cod. gall. *art. 1273.*, atque ital. *art. 1269.*

continetur. - Similis est solutioni novatio, quatenus creditori satisfacit, qui nova obligatione contentus dimittit a priore debitorem suum, accepta quadam datione in solutum, *l. 8. § 3. ad S. C. Vellejan.*, *l. 31. § 1. h. t.*, *l. 187. de V. S.* Hinc fluit, quod novatio subjecta obligationi conditionali, quamvis pure exprimatur, conditionem tamen eamdem tacite recipit, *l. 8. § 1.*, *l. 14. § 1. h. t.*; nam uti non solutionem, ita nec satisfactionem conditionalis obligatio praesentem recipere potest (§ 14. not. f). - Simili ratione, si obligationi purae subjiciatur novandi animo conditionalis stipulatio, non illico novatio fieri videtur, sed tunc demum, quando existere incipiat conditio, *l. 14. pr. eod. tit.* Cum enim sit novatio satisfactio quaedam, et quasi solutio, nemo ita suum jactare velle praesumitur, ut de pura et certa obligatione confestim amittenda conveniat per novae obligationis incertae acceptionem. Novatio non fit, non perimitur obligatio prior, nisi quando existens conditio certam faciat obligationem novam, atque idoneam ita continere possit antiquae satisfactionem. Attamen si contra probetur, novationem praesentem fieri voluisse, utique ea statim admittetur: obligatio enim antiqua pura est, quae praesentem satisfactionem egregie recipit; obligatio autem nova, quamquam conditionem contineat, et incerta sit, non tamen nulla est (§ 14); est in

hac aliquid, quo quis satisfieri possit, licet non soleat. Imo Servius Sulpicius existimavit, non exceptionem, sed potius regulam esse debere, ut statim, et pendente conditione, novatio fiat; sed « alio « jure utimur » *Gaj. III. 179.*

Ex iisdem principiis liquet, generaliter illum novandi juris sibi competentis habere potestatem, qui posset recipere solutionem, *l. 10. h. t.* : non pupillum sine auctoritate tutoris, utique tutorem solum, *l. 20. § 1. h. t.*

Neque abest, quod novatione facta favore unius e pluribus reis promittendi, alii etiam ad solutionis similitudinem liberentur, arg. *l. 20. ad S. C. Vellejan.* Ac vicissim, resoluto per novationem jure unius ex correis stipulandi, omnium jura perimantur; uti, adamussim a solutione argumentum accipiens, concludit Venulejus *l. 31. § 1. h. t.* (c).

At aliunde differt a solutione novatio, quia revera creditor in novatione nullam pecuniam accipit. - Naturalia debita uti solvi, ita et novari possunt,

(c) Obstat Paulus *l. 27. pr. de pactis.* Paulum exprimere sententiam Proculianorum, a Venulejo refutatam, putat Cujacius. Cui ut conveniamus, nomina jurisconsultorum, a Paulo allegata; ipsa Venuleji in disputando diligentia, ut in re nova; denique similitudo novationis cum datione in solutum, suadent: cf. *Gaj. III. 168.* Caeterum non diffitemur, haud improbabilem esse aliam conjecturam, quae est apud Voetium *ad tit. de duob. reis, num. 5.*

l. 1. § 1. h. t.; at non eadem, erga illa, solutionis est semper, ac novationis validitas. Pone filiumfamilias mutuo accepisse pecuniam; naturaliter obligatum eum esse, et solum exceptionem habere adversus petentem creditorem, notum est (§ 26). Hinc si ipse solvat, quamvis per errorem, recipere per indebiti condictionem id, quod solvit, non potest; non enim ut reddat foenerator, sed tantum ne petat, Senatusconsulto cautum est (§ 26. not. c). At si ille, paterfamilias factus, ductus ignorantia probabili, novatione facta, eamdem pecuniam stipulanti promisit, creditori agenti ex stipulatu opponere poterit exceptionem in factum, scilicet conceptam ita « Nisi contra Senatusconsultum Mace-« donianum factum sit ». Cum enim vere numerata non sit pecunia, et adhuc creditor petat, res ad Senatusconsulti censuram revocari potest, *l. ult. de S. C. Maced.*

Inde etiam fit, ut si cui speciale de recipienda ex debitore solutione datum sit mandatum, novare cum eodem non possit; quia vere nihil acciperet; et, sive mutata objecti quantitate, sive persona et qualitate debitoris, deteriorem creditori, eidemque mandanti, generare posset conditionem. Ideo statuitur in *l. 10. h. t.* eum, qui in stipulatione solutionis causa adjectus sit, novare non posse; ipse enim erga stipulatorem mandatarius est recipiendae

solutioni (*d*). Utique tamen novare potest procurator omnium bonorum, *l. 20. § 1. eod. tit.*

Non dissimile est, quod generaliter peculiarem obligationem servus novare non potest, *l. 16. h. t., l. 19. de solut.*; quamvis exigendo id, quod peculiari nomine ipse credidisset, liberet debitorem, *d. l. 19. de solut.* Quod si liberam peculii habeat administrationem, novare etiam potest; de quo casu accipi debet *l. ult. pr. h. t.*: maxime si meliorem novando faciat conditionem suam. Etenim si donandi animo novationem faciat, haec non valet; quoniam neque liberam administrationem habens donare potest, *ibid.*

Denique non semper mora jam inita purgatur per novationem, dum certe per solutionem plenam semper emendatur. Si eo animo ut mora purgetur, novatum sit, tunc prodest ad talem effectum novatio; idque maxime ex eo actum intelligitur, quod res, quae solvenda fuisset, praesens esset, et, parato jam ad solvendum debitore, contentus creditor novatione fuisset, *l. 14. pr. h. t.*, *l. 72. § 1. 2. 3. de solut.* Secus si non illud in novatione perficienda consilium fuerit; idque praecipue intelligimus ex eo, quod res non praesens fuerit, neque fieri potuerit solutio, quando novatum est, *d. l. 72. § 3. de solut.*; et ita accipienda est *l. 31. pr. h. t.*

(*d*) Add. *l. 21. h. t.*

Caeterum de novatione veterem Bartoli opinionem, a plerisque derelictam, renovare auderem, quod ad perficiendam eam opus non sit stipulatione. Non enim in forma atque figura, qua componitur, sed in satisfactione et datione quadam in solutum, quam continet, vis inest resolvendarum obligationum. Secus in acceptilatione observatur: quae cum veram satisfactionem nullam contineat, sed ex eo perimendarum obligationum verbalium potestatem capiat, quod omnia in contrarium agantur; necessario per stipulationem expediri debet. Accedit generalis definitio novationis, quam supra retulimus ex Ulpiano *l. 1. pr. h. t.;* esse eam, quotiescumque ab una in aliam vel civilem vel naturalem obligationem transfusio fiat, atque translatio. Neque omittendum est, novationem quamdam fieri per transcripticia nomina, *Gaj. III. 128. seqq.*, ubi nulla intercedit stipulatio: tum etiam saepe per illum quasi contractum, qui in litis contestatione subest, absente rursus stipulatione. Denique idem probatur ex *l. 45. § ult. mand.* Fidejussor erat apud me stipulatione solita obligatus pro alio. Mandat jam ille mihi, ut periculo suo agam adversus principalem reum; mandator fit (§ 40). Sequenti mandato liberari eum ex priore causa, Paulus ait. – Communis de necessitate stipulationis opinio subsistit in eo, quod tex-

tus plures de novatione per stipulationem facta loquantur. Quod tamen mirum esse non debet. Primo enim ordinarius adeo contrahendi modus fuit stipulatio, ut saepe hujus nomine contractus in genere significetur. Maxime vero adhibetur ea in novationibus ad effectum parandae acceptilationis; quando scilicet novatur praecedens obligatio non verbalis, ad hoc, ut inde accepto haberi possit; quod per stipulationem Aquilianam perfici debet. Certe autem stipulatio intercedit quotiescumque nova conventio, in quam transfundenda prior est, maneret aliter in nudo pacto; velint autem qui novationem perficiunt, obligationem novam esse civilem. Uti in speciebus *leg. 4. § 4. de rejudic., l. 2. C. de exec. rei jud.;* et in delegationibus. Ita explicatur frequens facta stipulationum in novationibus mentio, quin absolutam concludamus necessitatem.

Certe cum novatio sit modus solvendarum obligationum legitimus, perimit ipso jure praecedens creditum cum hypothecis, pignoribus, fidejussoribus suis, *l. 18. h. t., l. 4. C. de fidejuss.* - Disputatur de novatione, quae fiat per delegationem novi creditoris; an delegatus debitor exceptiones illas, quibus uti adversus delegantem antiquum creditorem poterat, adhibere possit contra novum, ex. gr. exceptionem doli, ex S. C. Macedoniano, non numeratae pecuniae; item in integrum restitutionem ex capite ae-

tatis; aut beneficium competentiae. In delegatione, dum nova delegati erga eum, cui delegatur, nascitur obligatio; veteres aliae resolvuntur. Videtur enim delegatus deleganti solvere ita, ut obligatio illius erga hunc tollatur: atque etiam delegans solvere videtur ei, cui delegatum sit, ita, ut ipsius erga hunc obligatio, quae antea fuisset, perimatur. Hinc generalis propositae quaestioni responsio fluit, non exceptiones, aut restitutiones, aut beneficia illa posse novo creditori opponi. Obligatio enim, adversus quam haec proponenda erant, extincta est; novaque omnino est quae successit, *l. 78. § 5. de jur. dot., l. 33. § 3. de donat., l. 41. pr. de rejudic., l. 4. § 20. 21. de doli mali et met., l. 12., l. 19., l. 33. h. t., l. 6. C. de N. N. P.* (e). Quod si talis excipiendi causa fuisset, unde etiam soluti repetitio detur, ex. gr. dolus, tunc delegato adversus delegantem, cui solvisse videtur, indebiti condictio competit, *l. 78. § 5. de jur. dot., l. 12. h. t.* - Generali huic responsioni subsunt exceptiones. Primo

(e) Distant omnino casus, quibus nova ipsa, quae assumitur obligatio, exceptione vitiatur; veluti si muller, quae intercessionis causa sese obligaverat tibi, a te delegetur creditori tuo; hoc enim ipso nova facta est intercessio. Item si minor circumventus, cui in integrum restitutio competebat, a creditore delegetur constitutus adhuc in minore aetate; quia haec nova circumventio, nova causa in integrum restitutionis est, *l. 19. h. t.*

enim excipiendus casus est, quo is, qui beneficium habeat, unde partialiter obligatio antiqua summoveretur, illud sibi reservet, quando delegatur: nam reservatio usum beneficii etiam adversus novum creditorem tuebitur. Huc referenda *l. 32. sol. matr.;* ubi facta reservatio arguitur ex verbis illis « tam« quam debitor mulieris dotem promiserit », scilicet quatenus mulieri debebat, neque amplius, promisit prior maritus posteriori. - Praeterea excipiendum est, quando delegatio facta fuerit non creditori delegantis, sed ei, cui hic donatum volebat; is autem, qui delegatus est, male omnino in obligatione stabat, dum bene se obligatum esse per ignorantiam putabat. Julianus humanitatis causa doli mali exceptionem delegato concessit, ut creditorem novum, qui lucrativam causam persequitur, repellere possit; imo etiam condictionem, ut ab eo acceptilationem ac liberationem obtineat, *l. 2. § 3. de donat.* Ulpianus in *l. 7. pr. de doli mali et met.* sententiam eamdem Juliani refert, atque probat. Verum bene tenendum est, non huic, quam descripsimus, exceptioni locum fore, nisi duo illa expressa concurrant; lucrandi causam in eo esse, cui delegatio facta fuit; et nihil bene a delegato deberi. Si enim non omnino male obligatus hic esset, sed solum competentiae beneficium habuisset; sententia Juliani locum non habet, et regula generalis revertitur de beneficio

adversus novum creditorem non opponendo; maxime cum personale omnino illud beneficium sit, scil. inter certas tantum, a jure determinatas personas exerceatur, *l. 33. § 3. de donat., l. 41. pr. de re-judic., l. 33. h. t.* - Denique similis Juliani humanitas admissa est in casu alio, nempe quando is, qui nihil debebat et per ignorantiam sese debere putabat, delegatus sit tali, qui pariter per ignorantiam creditor esse censebatur, *l. 2. § 4. de donat., l. 7. § 1. de doli mali et met.*

Superest quoad novationem, ut de illa loquamur, quam judicialem vel necessariam nuncupare solent. - Per litis contestationem obligationes atque actiones extingui, saepe in jure nostro traditum est. Agnita hinc in litis contestatione quaedam novatio est; quamquam nomen ipsum novationis non saepe datum a juris nostri auctoribus inveniamus, ex eo, quod minor quam solitae novationis, sit hujus, uti videbimus, efficacia. Aperte tamen novationis nomen usurpatur in *fragm. vatic. § 263.* « nec interpositis delegationibus aut « inchoatis litibus actiones novavit ». Item delegationis proximam vocem adhibitam habemus in *l. 11. § 1. h. t.* Atque implicite Paulus novationem quamdam in litis contestatione necessariam agnoscit *l. 29. h. t.* « Aliam causam esse nova- « tionis voluntariae, aliam judicii accepti » - E Scri-

ptoribus illis, qui nullam, quae stipulatione careat, novationem concipiunt, aliqui ad cautionem judicatum solvi, quam reus daret, recurrunt: stipulationem fuisse notant, datis fidejussoribus; addunt, commixtam eam aut saltem coaevam litis contestationi fuisse; ita novationem in litis contestatione contineri posse concludunt. - Obstat, quod non modo nullum testimonium sit, cautionem judicatum solvi litis contestationi fuisse comitatam; verum praecessisse illam, constet ex *Ulp. fragm. vindobon. IV. 1.*, et ex *fragm. vatic. § 92. 93.* Quibus ex fragmentis novimus, quod si reus conventus cautionem dare denegaret, quando dare eam oportuisset; actor per interdicta Quem fundum, Quam hereditatem, Quem usumfructum, possessionem ad se trahere, et incommodum agendi in illum convertere ac transferre, poterat. Quae quomodonam expedirentur non intelligitur, si credamus in lite contestanda, ipsoque ineundo judicio, et non antea, cautionem judicatum solvi dandam fuisse (*f*). - Obstant et alia. Gajus enim docet *comm. III. 180. 181.*, *comm. IV. 106. 107*, peremptionem veteris actionis, nempe novationem, in litis contestatione non contingere, nisi legitimo judicio agatur, praeterea in personam, ac denique formula, quae juris civilis intentionem

(*f*) Add. *l. 11. qui satisd. cog.*

habeat : non igitur si imperio continenti judicio, nen si legitimo quidem judicie, at in rem, vel formula in factum concepta, agatur. Videamus nunc quibus in judiciis cautiones darentur a reo convento. Dabantur in realibus: scilicet si per formulam petitoriam ageretur, cavebatur judicatum solvi; quod si ageretur per sponsionem, dabatur cautio pro praede litis et vindiciarum, *Gaj. IV. 91.* - Introductum id est, quando recens erat legis actionum memoria. Quae quum vigerent, poterant dici a praetore vindiciae etiam actori . scilicet ipsi addi poterat rei litigiosae possessio. Quisquis vero fuisset, cui vindiciae dictae essent, sive actor, sive reus conventus, is jubebatur a praetore praedes adversario dare litis et vindiciarum, hoc est rei atque fructuum, *Gaj. IV. 16.* Quando formularum systema substitutum est, atqũe inductum, ut reus semper possideret; aequum visum est, ut ipsi onus satisdandi imponeretur, *Gaj. IV. 89.* Contra observabatur in judiciis personalibus. Generaliter in his reus conventus non cavebat, certis causis exceptis, a praetore significatis « propter genus actionis, veluti judicati depensive, aut cum de moribus mulieris agetur; propter personam, velut si cum eo agitur, qui decoxerit, cujusve bona a creditoribus possessa proscriptave sunt, sive cum eo herede agatur, quem praetor suspectum aestima-

« verit » *Gaj. IV. 102.* - Quanta igitur inter novationem judicialem, atque cautionem judicatum solvi, disparitas est! quanta disjunctio! In realibus judiciis non novatio fit; in his ipsis dabantur cautiones: abesse solebant ab judiciis personalibus cautiones; eaque tantum recipere novationem possunt. Quando autem in casibus singularibus cavebatur ab eo, qui personali judicio conveniretur, etiam tunc erat cavendum, quando imperio continenti judicio, aut in factum concepta formula agebatur, ac rursus aberat novatio.

Nobis, qui etiam stipulatione expertem novationem agnoscimus, sufficit ad novationem judicialem intelligendam notio quasi contractus, qui inest litis contestationi. Litis contestatio erat, quando litigantes per declarationes suas litis objectum determinabant, ad hoc, ut idoneum fieret quod ad judicem deferri posset; testibus de hoc invocatis solemni illa voce *testes estote*. Incipiebat ex ea judicium; quamvis apud praetorem in jure peracta fuisse videatur; ultimum scilicet actum, qui in jure fieret, continuisse, dationi formulae coaevum. Quoniam judicia atque sententias religiose observari magnopere referebat, sapienter jura nostra in actu illo, unde judicium incipiebat, consensum inter litigantes finxerunt; nempe quasi contractum de judicio, quod erit, servando, deque

actore, si vicerit, ita restituendo, ac si res eo ipso litis contestatae tempore praestita fuisset eidem. - Effectus plures ex hoc quasi contractu nascuntur, quos singillatim enumerare non est hujus loci. Aliquando effectus talis est, ut in eum quasi contractum veteris obligationis et actionis transfusio fiat; nimirum perficiatur novatio, atque extinctio ipso jure veteris obligationis. Quando contractus verus in medio est, tunc, uti vidimus, a voluntate contrahentium expectamus an extinguere velint, ac novare contractum atque obligationem priorem. In litis contestatione jus ipsum civile, quod quasi contractum inducit, definit, an et quando novatio sit. Videlicet tunc agnita novatio est, quando legitimo judicio, in personam, formula in jus concepta ageretur, uti superius diximus. - Hinc si post judicium ita susceptum vellet actor actione veteri noviter experiri; ipso jure excludebatur, quia litis contestatione dari oportere exinde desiit. Si vero imperio continenti judicio, aut in rem, aut formula in factum concepta, actum esset; poterat ipso jure actor et dum litigabatur, et etiam post rem judicatam, ad veterem actionem reverti. Datae tamen sunt adversus eum exceptiones rei in judicium deductae, et rei judicatae, *Gaj. III. 180. 181., IV. 106. 107.;* ne bis de eadem re actio sit. Id enim ne fiat cavendum esse. monet Quintilianus *Inst. Orat.*

VII. 6. 4., et regula juris est *l. 57. de R. I.*: maxime cum aliter duo judicia contradictoria ad invicem, incerto exitu, pessimo in civitate exemplo possent derivare. Ulpianus in *l. 3. § 11. de pecul.*, et quasi contractum, et novationem, enunciat « nam « sicut in stipulatione contrahitur cum filio, ita « judicio contrahi: proinde non originem judicii « spectandam, sed ipsam judicati veluti obliga- « tionem ».

Differt novatio haec, quae per litis contestationem fit, a novatione voluntaria, in effectibus suis, *l. 29. h. t.* Non enim veteris obligationis accessoria tolluntur; non privilegia cadunt, non hypothecae, neque usurae, quae antea debebantur, currere desinunt, *d. l. 29.* (§ 32). Specialia de fidejussoribus ob singularem ipsorum cum reo principali conjunctionem observavimus (§ 36).

Postquam formularum systema cessavit, multum e litis contestatione mutatum est. Jure novo litis contestatio non novat, non extinguit ipso jure veterem actionem. Servatur tamen effectus, quem bonus judiciorum exitus omnino desiderat; ut exceptionibus arceatur actor, qui rursus agat adversus eum, cum quo litem est contestatus.

§ 47. *Acceptilatio.*

Acceptilatio est modus legitimus extinguendi per stipulationem obligationes ex contractu verbali natas, et, post introductam stipulationem Aquilianam (*a*), etiam alias quaslibet obligationes, quas servare nolumus aut etiam non debemus, *§ 1. 2. I. quib. mod. toll. oblig.* Origo adhibendae acceptilationis fuit, quando debitum displiceret. Aut quod universus contractus, unde obligatio nata est, displiceat, neque e re nostra esse putemus in illo manere; aut quod sine tanta contractus displicentia creditor coeperit modo consilium liberandi debitoris, animo remittendi debiti, puta quia debitoris, qui solvendo non sit, angustias misereretur. Sic legata liberatione debitori, heres acceptum facere debet, *l. 3. § 3. de liberat. leg.:* si convenerit, ut te liberem debitorem meum ad hoc, ut tu mihi expromissorem dares, accepto liberare te debeo, *l. 4. de cond. caus. dat.:* et si per errorem quis promiserit, petere potest condictione incerti, ut acceptum sibi feratur, *l. 3. de condict. sine causa.* -

(*a*) Introducta stipulatione Aquiliana, acceptilatio etiam in negotiis sinallagmaticis adhibita est, et tali quidem frequentia, ut inde sumpserit Modestinus definitionem suam *l. 1. h. t.* - Add. *l. ult. eod. tit.*

Verum introducta semel acceptilatio, adhibita etiam interdum est, quando non displiceret debitum, sed potius vellet creditor sese de eo satisfactum declarare. Veluti si inceperit debere vicissim debitori suo rem aliam, quae parem debitae haberet valorem: nam per acceptilationem mutuam liberatio utrinque parari potest. Pariter si creditor centum donare debitori vellet, et centum adamussim essent in debito, acceptum habet, quasi centum debita habuerit, et rursus dederit, occultatis actionibus. Item si femina nubens ei, qui centum ipsi debebat, dotem sibi de centum velit constituere, acceptum facit, atque recepisse centum, inde eadem dedisse videtur, *l. 10. de cond. caus. dat.* « quia nihil « interest, utrum ex numeratione pecunia ad eum...., « aut per acceptilationem pervenerit ».

Notum est, veluti imaginariam solutionem fieri in acceptilatione: Quod ego tibi promisi, habesne acceptum? Habeo, *Gaj. III. 169. 171.* Figura haec solutionis graves ac plures generat effectus. Si ex alternatim debitis accepto latum sit alterutrum, integra obligatio tollitur, « quia acceptilatio « solutioni comparatur » *l. 7. § 1. de liber. leg.* - Non sub conditione acceptilatio, non in diem fieri potest « nam solutionis exemplo acceptilatio solet « liberare » *l. 4., l. 5. h. t.* (§ 14). - Si uni ex pluribus debendi correis accepto habeatur, liberantur

universi « quoniam velut solvisse videtur is, qui « acceptilatione solutus est » *l. 16. h. t.* (§ 48). - Uti et si unus e pluribus correis credendi acceptum habeat, jus omnium subvertitur; *l. 13. § ult. h. t.* - Item, acceptilatione reo principali facta, liberatur fidejussor, *l. 5. pr. de lib. leg.*, et viceversa, *l. 13. § 7. h. t.*

Quoniam vero mera solutionis figura in acceptilatione est, non realis numeratio, imo ex originaria acceptilationis notione id agitur, ut discedatur ab obligatione, non ut satisfiat; aliquando haec a solutione separatur. Potest ea per partes fieri in alternativa obligatione, *l. 17. h. t.*, dum in obligatione tali solutio partis non recipitur (§ 24). - Non expressa quidem conditio adjici acceptilationi potest, at tacitam ipsa recipit, *l. 12. h. t.* (§ 14). - Accepto rogare is tantum potest, qui debet, non alius pro eo, nec pater pro filio, *l. 8. § 4. h. t.* (§ 12), dum solvere quisque potest pro alio. - Servus accipere potest interdum a debitoribus solutiones, *l. 35. de solut.*; non autem acceptum habere, nec jussu domini, *l. 22. h. t.* - Mulier sine tutoris auctoritate acceptum facere non poterat, cum alioquin solvi ei sine tutoris auctoritate posset, *Gaj. III. 171.* - Aliam distinctae a solutione acceptilationis consequentiam inferius notabimus (§ 48. not. c).

§ 48. *Contrarius consensus. - Pactum de non petendo.*

Si, forma stipulationis non adhibita, conveniamus de discedendo a contractu, qui displicere coeperit; pactum, quod juris civilis efficacia caret, obligationis ipso jure tollendae vim non habet. - Verum si talis contractus praecesserit, qui consensu solo fuerit perfectus, resque sit integra, conventio illa ipso jure resolvit, quia adest modus tollendi obligationes legitimus ex *l. 153. de R. I.*, actis nimirum in contrarium his, in quibus obligatio consistebat. Inquam, rem integram esse oportere; si enim ad executionem perduci incepisset contractus, aliud quid consensui accessisset, quod distrahi simplici dissensu jure civili non posset, *l. 7. § 6. de pact., § ult. I. quib. mod. toll. oblig.* - Ita fit, ut per contrarium consensum, contrariam voluntatem, seu, uti Interpretes dicunt, mutuum dissensum, obligatio extinguatur.

Neratius tamen *l. 58. de pact.* proponit auctoritate Aristonis medium, quo idem resolvendi effectus obtineatur, etiam rebus non integris, ex. gr. soluto jam ab emtore pretio; nempe ut dissensui addatur restitutio solutorum. Enimvero, actis rursus

in contrarium universis, redit regula dictae *leg. 153. de R. I.*

Aliquando mutuus dissensus non directa oratione expressus est, sed implicitus. Talis est, quando, postquam contractum sit, pactum substantiale subjiciatur, scilicet mutans negotii substantiam. Papinianus *l. 72. de contrahenda emt.* in parte prima tractaverat de pactis ex intervallo conventis, ad adminicula pertinentibus, atque distinxerat ea, quae addunt, ut actionem non generent, ab illis, quae detrahunt, ut dent exceptionem (§ 4. not. b). Quaerit in parte secunda. « An idem dici possit, aucto « postea, vel diminuto pretio ». Et significat, distinctionem ab antecedenti de adminiculis indagine in eo consistere, « quoniam emtionis substantia « constitit ex pretio » : pretium substantiale est in emtione venditione; pactum ergo, quod pretium mutat, afficit certe substantiam. Proposita sic a Papiniano quaestione, Paulus quasi notans, atque reprehendens, ait « si omnibus integris manenti« bus, de augendo vel diminuendo pretio rursum « convenit, discessum a priore contractu, et nova « emtio intercessisse videtur ». Scilicet nimis quaestionem hanc a quaestione circa adminicula esse disparatam, nullam hic distinctionem fieri posse inter pacta augentia et pacta diminuentia pretium, quasi illa addentibus, haec detrahentibus recensenda

sint; omnia dejicere emtionem, cujus afficiunt substantiam, et in novam emtionem convertere, si rebus integris fuerint conventa. Eadem habet Pomponius *l. 2. de rescind. vend.* « Si quam rem a « te emi, eamdem rursus a te pluris, minorisve « emero, discessimus a priore emtione: potest enim, « dum res integra est, conventione nostra, infecta « fieri emtio, etc. » Et re quidem vera non antiquus servari potest contractus, si servetur pactum, ubi illius substantia subvertitur; non id manere dici potest, cujus extremum aliquod substantiale, vel ex parte, labefiat; denique, pretio mutato, emtio eadem non est. Atque haec pacti posterioris adversus contractum priorem oppositio, quae contrariam voluntatem significat, efficax est etiam jure civili; si, rebus integris manentibus, illud conventum sit, nempe ante solutionem pretii olim constituti. Tunc enim operari potest mutuus dissensus, uti modus civilis extinguendarum obligationum (*a*).

(*a*) Praedictis obicem facit Ulpianus *l. 7. § 6. de pact.*, qui in eadem specie non abiri in totum ab emtione ait, sed partem ejus mutari; non totam rem tolli, sed reformari, et quodammodo quasi renovari contractum, quasi repeti partem emtionis. - Resp: Novus, qui vere est, substituitur veteri contractus: facile autem ea, quae substituuntur, referuntur his, quibus facta est substitutio. Jamvero, rerum exitu considerato, cum in novo contractu omnia sint veteris extrema, excepto augmento illo aut diminutione pretii; tum eadem efficiuntur ex novo, quae afferret anti-

Praeterea mutuus dissensus implicite contineri potest in pacto de non petendo, seu no petatur. Uti acceptilatio (§ 47), ita et pactum de non petendo duplici diverso consilio fieri potest. Aut quia displicet nobis totus contractus: aut solum quia debitorem obligatione relevari volumus vel liberalitatis causa, vel quia aliquid ei paris valoris debere coepimus, et convenimus no petamus ad invicem, vel alia de causa ex illis ipsis, quas de acceptilatione tractantes enumeravimus (*b*). Si altero hoc consilio pactum sit, pactio certe mutuum dissensum non continet; continet autem hunc, si priore illa voluntate fuerit conventum. Hinc si ob absolutam contractus displicentiam de non petendo conveniatur, contractus autem consensualis esset, et res integra, tollitur ipso jure obligatio. Quod si aut non tali voluntate, sed relevandi tantum debitoris causa, conveniatur, aut illa quidem voluntate, sed non consensuali contractui, rebus integris, pactum subjiciatur; nonnisi exceptio generabitur, unde voluntas, qualis fuit, servetur. Quandoquidem pacta adjecta ex intervallo, uti vidimus suo loco (§ 4),

quus, praeter mutationem hujusmodi. In exitu res considerari perinde potest, ac si per pactum reformatus, et renovatus contractus, parsque ea, a qua recessum non est, repetita fuisset.

(*b*) Si pactum de non petenda una specie subjiciatur obligationi alternativae, vel generis, tertiam etiam explicationem recipere potest (§ 25).

vim civilem non habent, nisi quando ad regulas civiles mutui dissensus possint revocari (*c*).

(*c*) Ex distinctione duarum rationum, quibus pactum de non petendo fieri potest, compositio sumitur inter *leg. 5. pr. de rescind. vend.*, *l. ult. de acceptil.*, et *leg. 56. de pact.* Quaeritur: In contractu sinallagmatico, ex. gr. in emtione venditione, aut in locatione conductione, pactum de non petendo, favore unius ex contrahentibus conceptum, proderitne ad hoc, ut alius etiam liberetur? Idemque disputatur de acceptilatione, per stipulationem Aquilianam facta de uno solo e duobus debitis, utrum ad aliud etiam protrahatur: non quidem ut alius debitor per ipsam, quam non sui sed alterius favore fecit, acceptilationem liberetur, sed veluti per mutuum dissensum, saltem ope exceptionis. De acceptilatione Julianus *l. 5. pr. de resc. vend.* affirmat, alium etiam contrahentem obligatione sua liberari ita, uti descripsimus, « et perinde habea« tur, ac si convenisset inter eos, ut neuter ab altero quicquam pete« ret: sed ut evidentius appareat, acceptilatio in hac causa non sua na« tura, sed potestate conventionis valet ». Atque in eamdem sententiam composita est *l. ult. de acceptil.* Labeo quidem dixerat, quod si unus e contrahentibus alteri, ego ex. gr. tibi, acceptum feci, non idcirco a te vicissim liberatus sum. Paulus vero corrigit, et si « nondum res intercessit: utrinque « per acceptilationem, tametsi ab alterutra parte dumtaxat intercessit, « liberantur obligatione ». Sed Julianus ipse *l. 56. de pactis* respondet « Si « convenerit, ne dominus a colono quid peteret, et justa causa conven« tionis fuerit, nihilominus colonus a domino petere potest » - Distingue ita: Aut pactum de non petendo, vel acceptilatio intercessit eo animo, quod omnino contractus displiceret, et tunc certe magis, quam expressum sit, operabitur; quaelibet ex contractu illo obligatio summoveri debebit. Aut solum animo liberandi ab obligatione ejus, cujus favore conventio est concepta vel acceptilatio, nempe intuitu circumstantiae alicujus ex superius descriptis; et tunc ad aliam obligationem, de qua cogitatum non fuit, perperam pacti aut acceptilationis efficacia produceretur. Ad primum casum respicere Julianum in *l. 5. pr. de resc. vend.*, patet

Quare pactum de non petendo, excepto casu, quod animo tollendi contractus consensualis, reque integra, conveniatur, quo quidem casu firmatur principio juris civilis in *l. 153. de R. I.*, in genere, quocumque fiat consilio, non valet ipso jure, sed tantum ope exceptionis; uti semper pacta nuda non habent civilem neque ligandi neque resolvendi potestatem. Exceptio autem pacti dicitur, seu pacti conventi, *Gaj. IV. 116.* Idque maxime significavit Pretor, cujus verba refert Ulpianus *l. 7. § 7. de pactis.* « Pacta conventa ... servabo ».

Attamen quaeritur, an pactum de non petendo tollat ipso jure praecedentem obligationem mere naturalem, utputa eam, quae ex pacto nata fuerat. Item simili disputatione quaeritur, an pactum de non petendo tollatur ipso jure pacto sequenti inverso, ut petere liceat. Fac, pactum primum ad obligationem generandam fuisse directum; fac, additum fuisse fidejussorem; successisse pactum libe-

ex verbis illis « voluntas utriusqne ostenditur id agentis, ut a negotio « discedatur ». Eodemque spectat *l. ult. de accept.* Labeo nimis generaliter negaverat acceptilationem, de una obligatione conceptam, ad aliam produci. Corrigit Paulus, non ut contrarium omnino assorat, sed ut significet, interdum efficaciae extensionem illam obtineri, imo etiam ipso jure, si res integrae essent. Ad secundnm autem casum spectat Julianus *l. 56. de pactis;* idque satis illa verba demonstrant « si ... justa causa con- « ventionis fuerit », quibns circumstantiae illae, quas superius retulimus, indicantur.

ratorium, nempe de non solvendo, cum obligato principaliter conventum (*d*) : an omnino contra fidejussorem agi non poterit, an poterit quidem, et sola dabitur exceptio? - Pone pactum liberatorium primum; nempe obligationem fuisse ex mutuo, ex stipulatione etc., et conventum fuisse de non petendo; inde vero pactum fuisse, ut peti posset. Valebitne pactum secundum ipso jure ita, ut nulla mentio in formula ab agente ex mutuo, vel ex stipulatione, debeat de pactis fieri; an non ipso jure ita, ut formulae apponenda sit exceptio ex priore pacto, tum replicatio ex altero? - Papinianus in *l. 95. § 4. de solut.* de quaestione prima constituit, pacto posteriore liberatorio tolli ipso jure naturalem praecedentem obligationem, ideoque fidejussorem omnino liberari. Reddita ratione optima, « quod vinculum « aequitatis, quo solo sustinebatur, conventionis « aequitate dissolvitur » : si enim obligatio civilis potest pacti posterioris aequitati ipso jure resistere; obligatio naturalis, quae solam habet aequitatem, ea sublata, extinguatur oportet. - At Paulus in *l. 27. § 2. de pact.* de secunda quaestione ait. « Pactus, « ne peteret, postea convenit, ut peteret, prius « pactum per posterius elidetur, non quidem ipso

(*d*) Pactum nempe ex his, quae juvant fidejussori, utpote habenti regressum (§ 36).

« jure ». Discrimen notat inter pacta pactis adversa, et stipulationes adversas stipulationibus; istarum vi ipso jure liberationem contingere « quia « in stipulationibus jus continetur, in pactis fa- « ctum versatur ». Concludit « et ideo replicatione « exceptio elidetur ».

Explicantes incipiamus a *leg. 27. § 2. de pact.*, nempe a casu pacti primi liberatorii, succedentis pacti de petendo. Recolendum memoria est id, quod de exceptionum usu diximus (hoc cap. VI in princ.), additis nonnullis quoad usum replicationum. Vidimus, exceptiones non esse tunc, quando existentia juris in actore prorsus negatur, ex. gr. quod contractum non fuerit, aut quod solutum sit vel novatum, quo genere jus atque obligatio jure civili perimitur. Suffecisse enim verba illa formulae: Si paret dare oportere, ut objici haec a reo, ac probata actorem excludere possent. Obtinere exceptiones, quando juri actoris, non prorsus denegato, objicitur aliquid aliud, praesertim ex aequitate praetoria, unde illud ad executionem perduci non debeat. Tunc praetorem in danda formula condemnationi, per modum conditionis, factum illud addidisse, unde reus objectionem suam eruebat: Si non judicatum sit, Si in ea re nihil dolo malo factum sit neque fiat, Si non convenit. Igitur exceptiones semper facti formam exhibebant; nullae juris civilis intentionem

continebant. Neque obstat, quod alicubi in factum exceptiones memorentur, quasi hae sint exceptionum certae ac determinatae species, *fragm. vatic. § 310.* (*e*). Nam, ut bene animadvertit Savigny, speciales hae, quae in factum dicuntur, exceptiones non aliis, quae formam juris habeant, quaeque nullae revera sunt, opponuntur: sed distinguuntur tantum ab exceptionibus ordinariis, quarum conceptiones in edicto proposuerat praetor, dum illae erant novae quaedam, atque adventitiae, quas pro re nata praetor accommodabat, *Gaj. IV. 118.* (*f*). – Similis valde exceptionum usui replicationum usus est. Potest aliquando actor facti ejus existentiam, quod exceptione comprehenditur, denegare; non judicatam eam rem fuisse, non dolum adfuisse neque adesse, non conventum esse. Tunc autem opus replicatione non est. Sufficiebat ipsa exceptionis

(*e*) Ait Paulus « Neque Cinciae legis exceptio obstat, neque in « factum ».

(*f*) Translato scilicet, atque accepto nomine ab illis actionibus in factum, quas praetor in peculiaribus casibus ex magna aequitate, praeter formulas in edicto expositas, concedebat. In hoc tantum similitudo erat inter actiones in factum atque exceptiones in factum, nempe ut ex originis paritate commune quodammodo nomen haberent. Sed, inquam, conceptio in exceptionibus omnibus est in factum: unde etiam exceptio legis Cinciae, quae in *fragm. vatic. § 310.* ab exceptionibus in factum separatur, conceptionem tamen facti habebat: Nisi contra legem Cinciam factum sit.

expressio, Si non judicatum sit, si non convenit etc.; quao judicem ad facti veritatem investigandam invitabat, adeoque illas actoris defensiones vi sua recipiebat. At aliquando actor alia facta potest opponere, quae non factorum, in exceptione comprehensorum, existentiam opposita tollant, at efficaciam adimant iisdem; ex. gr. pacto de non petendo, quod in exceptionom deductum esset, aliud pactum contrarium, ut peti posset, successisse. Non enim secundum pactum tollit existentiam prioris: seu, ut bone et convenienter nostrae *leg. 27. § 2.* pronuntiat Gajus *comm. IV. 126.*, nihilominus hoc verum manet, pactum antea fuisse de non petondo. Jura quidem, quorum valor mente aestimatur, possunt posterioribus actibus adimi penitus, puta jus ex stipulatione natum tollitur omnino stipulatione contraria (§ 47); facta autem, quae materialem quodammodo existentiam habent, infecta reddi non possunt. Cum igitur in exceptione: Si non convenit ne ea pecunia peteretur, pactum, veluti factum, ceu probavimus, comprehendatur; tum pactum posterius, quo facti illius existontia sublata non est, sed tantum ademta ei est efficacia, omnino per replicationem opponi debebit ita: Aut si postea convenit, ut eam pecuniam petere liceret (*g*).

(*g*) Igitur qualis erga intentionem exceptio est, talis est erga exceptionem replicatio, undo et ipsa aliquando exceptio, et exceptio exceptio-

Explanata ita *l. 27. § 2. de pactis,* ac manifesta reddita est ea, quae legem hanc a *leg. 95. § 4. de solut.* separat, differentia. Pactum prius in *l. 95. § 4.* non fuit liberatorium, sed tale, unde naturalis nata erat ex aequitate obligatio. Super obligationem hanc, veluti super basim suam, atque substratum juridicum, constitit data fidejussio. Igitur non uti in exceptionibus ex pacto liberatorio natis, hic pactum, tamquam nudum factum, considerabatur; sed imo tamquam basis juridica fidejussionis, videlicet sub forma juris. Pone jam, supervenire pactum de non petendo. Quoniam jura, ceu diximus, possunt actibus posterioribus omnino tolli, pactum autem primum, uti juridicum quid, considerabatur, ergo pactum posterius tollere illud potuit. Et sustulit quidem eo ipso, quod ei aequitatem, qua unice fulciebatur, subduxit. Quare si post secundum pactum agatur adhuc contra fidejussorem ex stipulatu, si paret dare oportere; solita haec intentionis verba sufficiunt invocandae ju-

nis dicitur, *l. 2. § 1., l. 22. § 1. de except.* Et haec quidem relatio exprimebatur in formula per illam replicationis conceptionem: aut si etc. Per quam alternativa fiebat condemnationis conditio, ut damnandus reus esset, sive quod non constaret de facto pacti prioris liberatorii, (condemna, si non convenit ne ea pecunia peteretur); sive quod de facto illo constaret, sed et de pacto posteriore de petendo (aut si postea convenit, ut eam pecuniam petere liceret).

dicis de pacto secundo cognitioni; quia pactum hoc, si verum sit, fundamentum juridicum actionis destruit, quippe accessoriam fidejussoris obligationem destituens principali suo. Ergo opus non est addita exceptione. Pactum ipso jure operatur.

De vi pacti de non petendo, ne ad alios, praeter paciscentes ipsos, sive ut juvet, sive ut noceat, produci queat, jam nonnulla diximus (§ 12). Ubi de pacto ne petatur composito a filiofamilias, an quoad patrem sit efficax, disseruimus, ac viceversa; item de tali pacto a tutoribus, a procuratoribus composito, an valeat erga pupillos, atque mandantes.

Quaeritur de pacto..ne petatur, quod perfecerit e pluribus debitoribus, vel creditoribus, unus; an juvare aut nocere possit aliis, sive correi hi sint, sive principali erga paciscentem, aut accessoria, obligatione teneantur. Invocanda hic est nota pactorum distinctio hujusmodi: Aliquando conventio fit ea voluntate, ut exceptio, quae inde nascetur, non universam obligationem afficiat, sed illi tantum personae, aut adversus eam solam personam, cum qua conventum fuerit, competat; non ad heredes, non contra heredes, transferatur. Aliquando autem eo consilio, ut res tota, integra obligatio, exceptione afficiatur. Proponitur distinctio in *l. 7. § 8. de pact.*; ex qua illud etiam monitum accipimus « ple« rumque... persona pacto inseritur, non ut per-

« sonale pactum fiat, sed ut demonstretur cum quo « pactum factum est » (*h*). De pacto omnino in personam facto dubitandum non est, quin in persona paciscentis maneat, neque eam egrediatur omnino. Quaestio igitur nostra est de pactis, quae in rem facta sint.

Responsionis partem magnam occupat regula, conventiones inter alios gestas non aliis nocere, non prodesse debere (§ 12). - Hinc vidimus (§ 36), pactum de non petendo, a reo principali habitum, non prodesse fidejussori, nisi forsan regressum habituro; quia si fidejussor solvens sit adversus reum principalem reversurus, vere hujus interest ne ille solvat, adeoque pacto suo potest exceptionem eidem comparare, *l. 32. de pactis.* - Neque obstat quod acceptilatio a reo principali facta, aut praestitum ab eo jusjurandum, juvet fidejussori, quia acceptilatio pro solutione est, *l. 5. pr. de lib. leg.*, item de jurejurando, ob gravitatem ejus, solutionis loco cedere, placuit, *l. 27., l. 28. § 1. de jurejur. sive volunt.*

(*h*) Diversa haec distinctio est ab alia, quam supra retulimus, utrum displiceat totus contractus, an velit tantum creditor relevare ab obligatione debitorem suum. Nam in hoc secundo casu distinguendum est adamussim, utrum liberatio ab illa universa obligatione volita fuerit ita, ut etiam heredes liberentur; an soli personae consultum sit.

Ex eadem regula fluit, pactum de non petendo a fidejussore factum, non reo principali prodesse, neque aliis fidejussoribus, *l. 23. de pact.* Maxime cum reus aut confidejussor, si solvant, regressum non soleant habere adversus illum (*i*). Rursus contra est in acceptilatione, quae a fidejussore facta liberat reum, *l. 13. § 7. de accept.*, deque jurejurando non in personam, sed in rem concepto, quod a fidejussore exactum juvat reo, *l. 28. § 1. de jurejur. sive vol.*, ob supra indicatam rationem. - Attamen jus hoc circa pactum fidejussoris, mitiori jurisprudentia mitigatum est. Si enim actum esset expresse, ne a reo peteretur, aut ne peteretur a confidejussore; receptum est, pactum istis prodesse, non quidem ad excipiendum pacti, sed utique ad adhibendam exceptionem illam doli subsidiariam, quae aliis etiam datur in casibus pro aequitate, adversus strictas regulas juris, *l. 25. fi., l. 26. de pactis.* Idque ob vicinitatem obligationum introductum est, ut bene notat Cujacius: addito, arbitror, favore liberationum. - Certe si ex peculiaribus adjunctis reus, aut confidejussor, solvens, aliquem regressum esset habiturus adversus

(*i*) Confidejussor solvens mandatis actionibus adversus confidejussorem uti potest. Sed beneficium hoc non quasi fidejussor habet, sed uti quisque etiam extraneus haberet, cui creditor cessisset actiones suas.

fidejussorem paciscentem; regula suadet, ex quocumque pacto in rem facto dandam ei esse exceptionem pacti. Veluti si fidejussor in ea re socius sit principali suo. Adde etiam si agatur de pluribus sponsoribus aut fidepromissoribus, quos inter societatem quamdam, atque regressum lex Apuleja constituit, *Gaj. III. 121.*

Item ex iisdem principiis fit, ut correi debendi pactum correo non juvet, quoniam si hic solvat contra illum non solet regredi. – At primo quidem non aegre subscriberem Cujacio, concedenti exceptionem doli subsidiariam, si expresse in paciscendo actum sit, ne a correo peteretur; exemplo similis expressionis in pacto fidejussorum adhibitae. Praeterea si quando solutionis damnum ob praecedentem juridicam relationem, ex. gr. societatem, inter correos communicetur (§ 22), pactum omne in rem conceptum correis juvabit: nam « in rem pacta omni« bus prosunt, quorum obligationem dissolutam esse, « ejus, qui paciscebatur, interfuit » *l. 21. § 5., l. 25. pr. de pactis;* in hoc autem casu « dum a « conreo meo petitur, ego inquietor » *l. 3. § 3. de lib. leg.* – Acceptilatio autem uni ex reis debendi facta prodest aliis, *l. 16. pr. de accept.* Ait Ulpianus « non quoniam ipsis accepto latum est », scilicet non intuitu personarum, quas inter habita est acceptilatio, res enim ita inspecta inter alios acta

dicenda foret; « sed quoniam velut solvisse videtur « is, qui acceptilatione solutus est ». Ex eadem ratione, si ex duobus reis promittendi ejusdem pecuniae alter juravit, alteri quoque prodesse debebit, *l. 28. § 3. de jurejur. sive volunt.*

Denique regulae solitae vis efficit, ne pactum de non petendo, compositum ab uno ex pluribus correis credendi, obsit aliis, *l. 27. pr. de pactis.* - Obest autem acceptilatio, *l. 2. de duob. reis, l. 13. § ult. de accept.;* obest jusjurandum ab uno delatum, *l. 28. pr. de jurejur.;* quia pro solutione habentur (*k*).

§ 49. *Rei interitus. - Confusio obligationis.*

Specierum debitores interitu earum liberari, tralatitii juris est, *l. 23. de V. O.* - De hoc late disseruimus, quando de casu non praestando egimus (§ 29). - Secus tamen esse vidimus, si culpa sive mora debitoris intercesserit (§ 28. 31). - De obligationibus generis atque alternativis quoad hoc punctum, dictum etiam est loco suo (§ 25).

Confusio obligationis tunc maxime contingit, quando debitori creditor, aut debitor creditori heres existat.

(*k*) De novatione ab uno ex correis stipulandi facta vide supra (§ 46. not. c).

Aliquando Jurisconsulti nostri significant, confusis per successionem hereditariam debitoris et creditoris personis, rem pro solutione cedere, *l. 41. § 2. de eviction., l. 21. § 5. de fidejuss., l. 95. § 2. de solut.* - Bene id intelligendum est, ne falsa omnino rei notio ingeratur. Vera enim ratio, cur in hujusmodi eventu obligatio perimatur, in eo est, quod nemo sibimetipsi creditor esse possit aut debitor. Abest igitur reapse solutio; nam uti obligatio vigere, ita perfici solutio in una eademque persona non concipitur. Hinc si duo sint rei debendi, atque unius persona cum creditore confundatur successione hereditaria; alius restat obligatus, *l. 71. pr. de fidejussor.* (*a*). Praeterea si creditor fidejussori succedat, aut viceversa; reus principalis in obligatione manet, *l. 21. § 3., d. l. 71.*

(*a*) **Limita**: Nisi taies sint circumstantiae, nt denique creditor resnitaret ipse sibi obligatns. Veinti si idem mandator aut fidejussor datus ab ambobus reis fuisset; atqne inde alteruter moriens heredem reliquisset creditorem. Si correi aiterius obiigatio indiscriminatim maneret, restaret etiam in sua validitate fidejussio, habens principais suum, ubi consisteret. At ita fieret, nt fidojnssor compnlsus, et solvens, eligere inde posset actione mandati aut correum superstitem, aut mortui beredem, nempe ipsum creditorem. Non igitur hucusqne produci debet perseverantia obiigationis apud correnm: siquo creditor contra fidejnssorem agat, repeiietur exceptione doii mali; dolo enim facit petens ab aliquo id, quod sit restituturus eidem, *d. l. 71. pr. de fidejuss.*

pr. in fi. de fidejuss., l. 43. de solut. (*b*). Neque fidejussor, qui creditori heres extiterit, contrariam mandati actionem adversus reum principalem promovere potest, *l. 21. § ult. de fidejuss.* (*c*). Quae quidem diversa forent, si confusio solutioni esset aequiparanda. – Revera Papinianus *d. l. 95. § 2. de solut.* ait « aditio hereditatis nonnumquam jure con-« fundit obligationem... aliquando pro solutione « cedit ». Non perpetuam solutioni aequiparationem esse pronuntiat. Scilicet quod aditio hereditatis pro solutione cedat, fictio mera est, quae aliquando invocatur ob necessitatem vel aequitatem; ut non tam jure confusio contigisse, quam debitor, creditori succedens, solvisse hereditati, aut creditor, succedens debitori, ab hereditate exegisse videatur.

Dicta *l. 95. § 2. de solut.* casum exhibet, quo creditor qui erat jure gentium, succedat obligato naturaliter. Jure confundi dici potest obligatio, quando persona, quae ex jure obligationis petere posset, confunditur cum persona, quae deberet petenti satisfacere. Jamvero tale quid in obligatione naturali dici nequit; ubi nemo petitoris vices sustinet, aut ejus, a quo petatur. Nulla enim ex obligatione

(*b*) Certe si debitor creditori heres fiat, aut viceversa, liberatur fidejussor, quia nequit pro eodem apud eumdem quis esse fidejussor, *d. l. 71. pr. de fidejuss.*

(*c*) Vide (§ 88. not. a).

naturali petitio est; adeo ut naturale creditum ne creditum quidem, praesenti inspecto tempore, alicubi dicatur, sed solum intuitu futurae solutionis, qua fieri poterit, ut obligationi naturali satisfiat, *l. 25. § 1. quando dies legat.* Hinc est, quod, cum extinctio naturalis obligationis, contingens per successionem creditoris debitori suo, ad confusionem redigi non posset, fictio solutionis a Papiniano adhibetur (*d*). Fictionem talem induxit in hoc casu necessitas. - Inducit aliquando aequitas eamdem.

Praemittendum est, quod, ubicumque aequitas obstaret, in aditione hereditatis non est agnita confusio. Si creditor heredi succedat, atque agatur de viribus patrimonii computandis in quaestione deducendae quartae Falcidiae, ratio habetur crediti ac si confusum non esset, *l. 48., l. 56. pr. § 1. 2. ad l. Falc.* Si creditor, debitoris heres, de restituenda hereditate rogatus sit, potest retinere ac deducere id, quod sibi deberetur; imo etiamsi restituis-

(*d*) Ait Papinianus, quod si creditor succedat pupillo, cui sine tutoris auctoritate mutuam ipso pecuniam dederat, aditio non confusionis loco est, sed solutionis « non enim quanto locupletior factus est, consequere« tur: sed in solidum creditum suum ex hereditate retinet ». Egregie. De solido enim credito obligatio mere naturalis est. In quantitate, qua locupletior pupillus factus esset, creditum civile est ex rescripto D. Pii (§ 26. not. b): adeoque, si ea consideraretur, aditio non solutionis loco cederet, sed jure confunderet.

set sine retentione, repetere potest condictione indebiti, *l. 51., l. 59. pr., l. 80. ad S. C. Treb.* - Praeterea, si aequitas id ipsum desideret, fingitur etiam in aditione hereditatis solutio. Casus est in *l. 41. § 2. de eviction*. Si plures sint, qui rem alienam gradatim vendiderint, resque ex ultimo emtore evincatur, non hic potest actione de evictione primum venditorem compellere, sed eum persequi debet, qui immediatus sibi auctor fuit; iste vicissim contra auctorem suum revertetur, atque ita cessim ad priorem vendentem pervenietur. Fac, Titium rem, quae Gaji erat, vendidisse Maevio, addita satisdatione de evictione: Maevium deinde vendidisse Sempronio: postea aut Maevium Sempronio, aut Sempronium Maevio heredem fuisse. Evincitur res. An contra fidejussores a Titio datos agere poterit is, qui passus est evictionem? Certe fidejussorum obligationes nullam passae sunt confusionem, neque enim ipsi successerunt, aut ipsis successum est. Sed exercendae actioni impedimentum facit regula de ordine servando superius exposita. Gradus agendi primus, qui exercendus fuisset inter Sempronium et Maevium, ut, solutione a Maevio facta, ipse inde pergeret adversus fidejussores acceptos a Titio, servari nequit ob confusionem, quae Sempronium Maevio quodammodo commiscuit. Hinc aequitatis causa ficta solutio est, quam hereditati Sem-

pronii Maevius fecerit, aut Sempronius exegerit ex hereditate Maevii; ut expletus ita gradus ille primus videretur, et progredi posset adversus fidejussores: « cum debitor creditori suo heres extiterit, « ratio quaedam inter heredem, et hereditatem po- « nitur; et intelligitur major hereditas ad heredem « pervenire, quasi soluta pecunia quae debebatur « hereditati; et per hoc minus in bonis heredis « esse: et ex contrario cum creditor debitori suo « exstitit heres, minus in hereditate habere vide- « tur, tamquam ipsa hereditas heredi solverit » *d. l. 41. § 2. de eviction.* (*e*).

Ex eadem juris proclivitate ad confusionem, quando aequitas suadeat, non agnoscendam, factum est, ut, si personarum separationem eventus posterior restituat, restitui quoque debeat obligatio: quamquam e rigore juris ea, quae semel extincta sunt, ex postfacto non reviviscant. Quare si heredi, eidemque creditori defuncti, per querelam inofficiosi testamenti adimatur hereditas, quodcumque mortis tempore deberet ei testator, reddi oportet, *l. 22.*

(*e*) Intelligitur jam argumentatio Africani in *l. 21. § ult. de fidejuss.* In proposito casu fidejussori, qui creditori successerat, salva res erat adversus reum, qui obligatus manebat; ratio non erat fingendae solutionis, ac superaddendae actionis mandati « cum reus obligatus maneat, « non posse intelligi, ipsum a se fidejussorem pecuniam exegisse ».

C. de inoff. testam. Et pupillo, qui adierit hereditatem debitoris sui, atque inde, mutata voluntate, nolit retinere eam, confusae actiones restituuntur, *l. 87. § 1. de acquir. vel omitt. hered.* (*f*). - Verum non idem placuit, si creditor, isque debitoris heres, hereditatem fideicommissario restituisset. Provisum ei retentione, atque indebiti condictione, uti supra dictum est: non addita fuit restitutio actionum, de qua loquimur; ne Trebellianum, quod est solum de actionibus transferendis, ad restituendas eas perverteretur, *l. 58. pr., l. 59. pr., l. 80. ad S. C. Treb.* Unum est, observatione dignum, apud Paulum *d. l. 59. pr.;* quod si pignus ipsi datum fuisset, hoc, post restitutionem fideicommissi, sine deductione factam, conservatur ita, ut serviana etiam promoveri queat. Quamquam enim actio principalis, ceu monebamus, non instauretur; certe tamen fideicommissarius, cui restitutum fideicommissum sit, naturaliter de solvendo obligatur; quo etiam fit, ut indebiti condici possit adversus eum. Obligatio autem naturalis, extinctioni

(*f*) Dissimile non est, quod, si is, cui servus alienus furtum fecisset, inde domini heres fiat, at ex legato servum ipsum alii dare debeat, indemnis a legatario furti nomine praestandus sit, *l. 70. pr. de l. 1.* - Adde exempla *d. l. 70. § 1. 2.*

civilis obligationis superstes, sustinendo pignori idoneum praestat fundamentum (*g*).

(*g*) Vide (§ 26. not. c). - Praeter hanc, de qua loquuti sumus, confusionem, alia est quae contingit, quando aut fidejussor reo principali, aut hic illi, heres existat (§ 34). - Quando inter duos reos, sive stipulandi, sive promittendi, hereditaria evenit successio; non confusio, sed jurium aut obligationum aeque principalium adjectio est, *l. 93. § 2. de solut.* Quidnam juris sit in hujusmodi eventu, proferunt Venuleius, Ulpianus, Scaevola *l. 13. de duob. reis*, *l. 5. de fidejuss.*, *l. 93. pr. § 1. 2. de solution.*

INDEX